سلسلة الدراسات الشرعيّة

مركز نهوض للدراسات والنشر

في أصول النظام القانوني الإسلامي

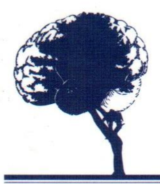
دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية

تأليف:

محمد أحمد سراج

أستاذ الدراسات الإسلامية

بالجامعة الأمريكية بالقاهرة



مركز نهوض للدراسات والنشر

NOHOUDH CENTER FOR STUDIES AND PUBLICATIONS

في أصول النظام القانوني الإسلامي

دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية

وقف نهوض لدراسات التنمية

في عالم سريع التغير، بآفاقه وتحدياته الجديدة التي توسع من دائرة النشاط الإنساني في كل اتجاه، ونظراً لبروز حاجة عالمنا العربي الشديدة إلى جهود علمية وبحثية تساهم في تأطير نهضته وتحديد منطلقاته ومواجهة المشكلات والعقبات التي تعترضها، وذلك في ظل إهمال للمساهمات المجتمعية، والاعتماد بصورة شبه كلية على المؤسسات الرسمية. وحيث كانت نشأة الوقف فقهياً وتاريخياً كمكون رئيس من مكونات التنمية في المجتمع المدني العربي الإسلامي، انعقدت الرؤية بإنشاء «**وقف نهوض لدراسات التنمية**» في ٥ يونيو ١٩٩٦م كوقف عائلي - عائلة الزميع في الكويت - وتم تسجيل أول حجية قانونية لهذا الوقف وإيداعها وتوثيقها بإدارة التوثيقات الشرعية بدولة الكويت، حيث اختير اسم «**نهوض**» للتعبير عن الغرض والدور الحقيقي الذي يجب أن يقوم به الوقف في تحقيق نهضة المجتمع، انطلاقاً من الإيمان القائم أن التنمية البشرية بأوجهها المختلفة هي المدخل الحقيقي لعملية التنمية والانعتاق من التخلف ومعالجة مشكلاته.

ويسعى وقف «**نهوض**» إلى المساهمة في تطوير الخطاب الفكري والثقافي والتنموي بدفعه إلى آفاق ومساحات جديدة، كما يهدف إلى التركيز على مبدأ الحوار والتفاعل بين الخطابات الفكرية المتنوعة مهما تباينت وتنوعت في مضامينها، كما يسعى إلى تجنب المنطلقات الأحادية في تناول القضايا في ظل تطور الحياة وتشابك العلاقات الفكرية والثقافية.

ويقوم الوقف بتنفيذ هذه الأهداف والسياسات عن طريق أدوات عديدة من أبرزها إحياء دور الوقف في مجال تنشيط البحوث والدراسات، وتأصيل مناهج البحث العلمي في التفاعل مع القضايا المعاصرة التي تواجه حركة التنمية، من أبرزها:

- إنشاء ودعم مراكز ومؤسسات بحثية تختص بإجراء الدراسات الإنسانية والاجتماعية والتنموية.
- تمويل برامج وكراسيّ أكاديمية.
- نشر المطبوعات البحثية والأكاديمية لإثراء المكتبة العربية.
- إقامة المؤتمرات والملتقيات والورش العلمية.
- إقامة شبكة علاقات تعاون مع المتخصصين والمراكز العلمية.

للمزيد حول أهداف ومشاريع وقف نهوض لدراسات التنمية يرجى مراجعة الموقع الإلكتروني للوقف: www.nohoudh.org

سلسلة الدراسات الشرعيّة

في أصول النظام القانوني الإسلامي

دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية

تأليف:

محمد أحمد سراج

أستاذ الدراسات الإسلامية

بالجامعة الأمريكية بالقاهرة



الكتاب: في أصول النظام القانوني الإسلامي
دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية
المؤلف: أ. د. محمد أحمد سراج
الناشر: مركز نهوض للدراسات والنشر
الطبعة: الأولى ٢٠٢٠م بيروت ـ لبنان

الكويت ـ لبنان
البريد الإلكتروني: info@nohoudh-center.com

الفهرسة أثناء النشر ـ إعداد مركز نهوض للدراسات والنشر

سراج، محمد أحمد.

في أصول النظام القانوني الإسلامي - دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية./ تأليف: أ. د. محمد أحمد سراج.

(٨٦٢)ص، ١٧×٢٤سم.

ISBN: 978 - 614 - 470 - 030 - 3

١. في أصول النظام القانوني الإسلامي - دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية. ٢. النظام القانوني الإسلامي.
٣. دراسات قانونية. ٤. أصول الفقه. ٥. السياسة الشرعية.
أ. سراج، محمد أحمد (المؤلف). ب. العنوان.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

القسم الأول

مقدمات في علم الأصول

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

القسم الثالث

الأدلَّة النصيَّة وغير النصيَّة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

القسم الرابع
تفسير النصوص ودلالات الألفاظ

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

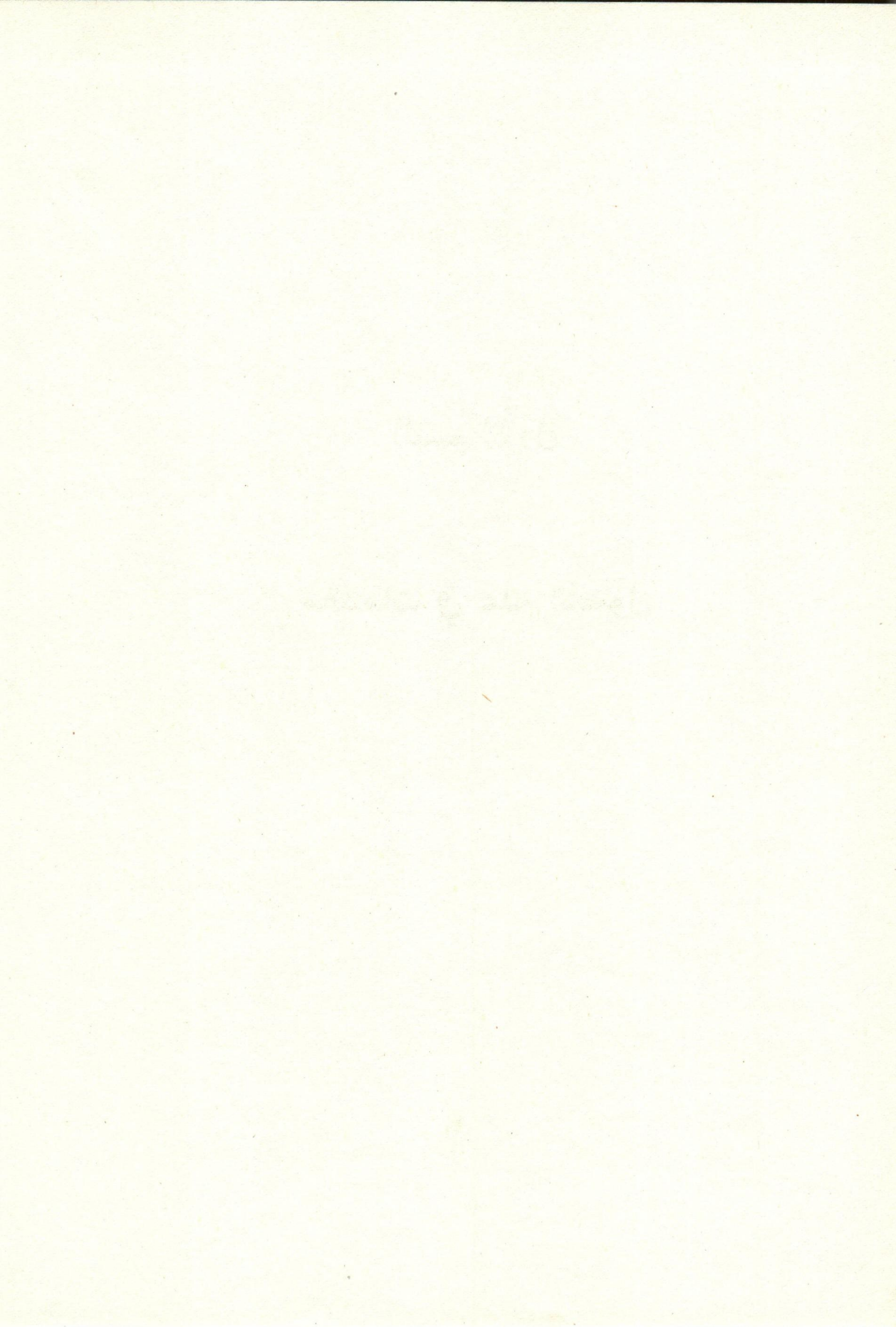
الموضوع	الصفحة

القسم الخامس
الاجتهاد والتقليد

الموضوع	الصفحة

القسم الأول

مقدمات في علم الأصول



الفصل الأول

الإطار المنهجي

(١) تحديد الهدف:

أعتقد الآن بعد تأمُّل طويل أن العمل على تحديد الأهداف المشروعة للكتابة الجادة في أصول الفقه بالإخلاص والدقَّة الواجبَيْن من أقسى ما يعانيه أيُّ كاتبٍ معاصر يتصدَّى لهذا الواجب. ويمكن القول دون تردُّد بأن الهدف التعليمي هو الغالب فيما تصدره دور النشر المعاصرة من مؤلفات في هذا العلم، ولا يتطلَّب تحقيق هذا الهدف سوى سرد المباحث والمفاهيم المألوفة التي درج الأصوليون منذ الشافعي والقاضي عبد الجبار وأبو الحسين البصري والغزالي على ترديدها بلغة مماثلة، وبالأمثلة ذاتها؛ ولا حاجة مع سيطرة هذا الهدف إلى التحليل أو النقد أو المقارنة، أو رصد تطوُّر هذه المفاهيم، أو النظر إلى تطبيقها في الواقع وتقويم عملها. وتتجه بعض الكتابات الأصولية المعاصرة إلى الجهر على نحوٍ غامضٍ بالدعوة إلى تجديد مباحث هذا العلم، مما يعكس نوعًا من القلق والضيق والرغبة المبرَّرة في البحث عن آفاق نظرية جديدة.

ويتحدَّد الهدف الذي أسعى إلى تحقيقه في هذا الكتاب من مبدأ عامٍّ، هو أن القانون والفقه وأصول الفقه في النظر الإسلامي ليس لأيٍّ منها ما يصنع سوى تجلية القيم العامَّة التي أكَّدها القرآن الكريم، المتمثِّل بعضها في مبادئ العدالة، والكرامة الإنسانية، والحدب على الضعفاء والحرية والمساواة، ولن أكون مبالغًا إذا قلت بوجوب التخلِّي عن أي نظر في هذه الفروع الثلاثة لا يستبطن هذه القيم، ولا يتشبَّع بروحها، وسيؤدي الوعي بهذا المبدأ إلى تيسير

اكتشاف الروح الإنسانية السارية في المباحث الأصولية، بدءًا من تعبير الأحكام الشرعية عن الحقوق الفردية والاجتماعية حتى هذه الحماية التي أسبغها النظام الأصولي على الضروريات والحاجات والمصالح الإنسانية المعتبرة.

ويتضمَّن هذا المبدأ الانفتاحَ على إمكانات المقارنة بين منجزات أصول الفقه في النظر الإسلامي وما تحقَّق في النظر القانوني العالمي، مما قد يساعد على ربط أصول الفقه بالواقع القانوني السائد في المجتمعات الإسلامية المعاصرة، ويجب العمل على اختبار صحَّة المفاهيم الأصولية، وكفاءتها، بالنظر إلى قدراتها التطبيقية؛ إذ لا يصحُّ الاكتفاء بوضع القياس إلى جوار الاستحسان دون أن نحدِّد المجال الحيويَّ الخاصَّ لعمل كلٍّ منهما، ويفيد استهداف القيم التطبيقية العملية للمفاهيم الأصولية تجاوز القصد إلى دفاع الصياغات الأصولية المختلفة عن مذاهب فقهية معينة بالسعي بدلًا من ذلك إلى تخليق أصولٍ تعبِّر عن النظام القانوني الإسلامي في عموم حركته السابقة والحاضرة.

ويجدر الوعي باستمداد أصول الفقه مكانته الحالية - على النحو الذي تعكسه مقررات دراسته في كليات الحقوق والشريعة - من استمرار مرجعية الفقه الإسلامي ومصدرية اجتهاداته في النُّظم القانونية المطبَّقة في البلاد العربية والإسلامية؛ ولهذا يلزم السعي إلى تأكيد وشائج العَلاقة بين المفاهيم الأصولية والعمل القانوني الراهن.

وللإيجاز، فإن الهدف هو تجاوز العملية التعليمية للانطلاق بأصول الفقه إلى أن يقدِّم إطارًا يفسر عمل النظام القانوني الإسلامي في الماضي، ويقدِّم للعمل القانوني الراهن ما عساه أن يشكِّل فلسفته القانونية التي ترشده إلى تحقيق قيم العدالة والحرية، والمساواة، والكرامة الإنسانية. ومهما كانت ضخامة هذا الهدف، فإن الواجب على الأصولي المعاصر أن يسعى لنيل شرف استشرافه. ولا غنى لنيل هذا الهدف عن التسلُّح بأدوات التحليل والنقد والمقارنة والمزاوجة بين كلٍّ من التفكير النظري والواقع العملي.

والهدف الذي أسعى إلى تحقيقه في هذا الكتاب - باختصارٍ بالغ - هدفٌ مزدوج من كلٍّ من الرغبة في تقديم ما ييسِّر فهم البناء الفقهي والقضائي

والتشريعي التليد، والمستقر في تلافيف تاريخنا الحضاري والقانوني؛ ومن الرغبة - في الوقت نفسه - في تقديم انعكاسات هذا البناء في النُّظم القانونية المعاصرة، إسهامًا في تطوير هذه النُّظم، وربطًا لها بذاكرتها التشريعية بما يمدُّها بالقوة اللازمة للتطوُّر والتقدُّم على الأصعدة السياسية والقانونية.

والحقيقة التي أُومن بها على الدوام أن النظر الفقهي لن يتقدَّم بانفصاله عن نظيره القانوني، كما أن النظر القانوني لن يتحقَّق له ما يصبو إليه من تقدُّمٍ إلا بالتفاعل مع مناهج النظر الفقهي. ويتأكَّد ذلك بالنظر إلى تجربتين تاريخيتين:

أولاهما: التجربة الفقهية والقانونية في مصر في أعقاب فرض القوانين الغربية في مصر في ثمانينيات القرن التاسع عشر، حين نشطت حركة المقارنة بين الفقه الإسلامي والغربي، واستمرت اللغة والمفاهيم الفقهية في السيطرة على المشهد القانوني، على النحو الذي يبدو بوضوحٍ في كتاب ميخائيل يعقوب الذي يعود إلى هذه الفترة، والذي أتمنى إعادة تحقيقه ونشره.

وتتمثَّل التجربة التاريخية **الثانية** فيما حدث في بوتقة مدرسة الحقوق الخديوية المصرية من تعايشٍ وانسجامٍ كاملَيْن بين أساتذة القانون والفقه الإسلامي على النحو الذي بدا في ازدهار مجموعاتٍ كبيرة من الفريقين، مثل: أحمد إبراهيم، والإبياني، وأحمد أبو الفتح، وعبد الرزاق السنهوري، وشفيق شحاتة وغيرهم.

ويلزم استعادة هاتين التجربتين والمناهج التي سار عليها هؤلاء الأعلام، بما يكفل إعادة بعض الازدهار الذي اتجهت قوته الدافعة إلى التلاشي منذ ثمانينيات القرن الماضي، على المستويين الفقهي والقانوني.

ولا حاجة للاستدلال على ارتباط الفهم الحقيقي لأصول الفقه الإسلامي بالنظر الصحيح لتاريخ هذا الفقه، وهذه مشكلة كبرى تتمثَّل في أن المؤرخين القانونيين من المسلمين والمستشرقين على السواء قد اختزلوا في عملهم - على مدار القرن الماضي بكامله - تاريخ الفقه الإسلامي في ثلاثة قرونٍ وبضعة عقود، هي في اصطلاحاتهم «فترة الاجتهاد» التي أسلمت نفسها لجمودٍ وسباتٍ

عميقَيْن، مما أطلقوا عليه فترات الضعف والجمود والانحطاط. وإنما تأثر هؤلاء المؤرخون في هذا التاريخ الذي قدَّموه إمَّا بمركزية أدوار الصحابة ﷺ وأئمَّة المذاهب، وإمَّا بالرغبة في تبرير ما جرى في العصر الحديث من استبعادٍ للعمل بهذا الفقه فيما عدا الأحوال الشخصية.

وتخلع هذه الصورة التاريخية الساذجة، التي أُمعن في تداولها وصنعها كذلك، على هذا الفقه ثوبًا من الفردية بكونه نتاجَ عددٍ محدودٍ من الرجال الذين شغلوا الأجيال التالية باسترجاع مناقبهم، وتبعده عن كونه أساسًا لنظام قانونيٍّ كامل استمرَّ مع الزمن بقضاته، ومحقِّقيه، ومساعديهم، وبمحاكمه، ومنفذي أحكامها، وبمؤسساته التوثيقية والعقابية والتعليمية والتشريعية.

ولهذا، فعلى أصول الفقه أن يكون تعبيرًا عن فلسفة هذا النظام القانوني بكامل أجزائه المتآلفة، لا أن يكون تعبيرًا عن الفلسفة القانونية لإمامٍ من أئمَّة المذاهب الفقهية، أو لأحد الصحابة، مهما بلغ حجم إنجازه الذي لا يصحُّ النظر إليه إلَّا باعتباره مجرَّد لبنة في بناءٍ بالغِ الرحابة؛ ولهذا تفقد الكثير من مشروعيتها تلك الرسائل الجامعية التي تبحثُ عن الإنجاز الأصولي لهذا الفقيه أو ذاك ممَّن لا يزيدون عن كونهم من المارين بباحة هذا البناء، أو المشتغلين بتنسيق أركانه، أو العارفين بممراته وخرائطه.

(٢) الأسس العامَّة:

من المُسَلَّم به أن الفقه الإسلامي هو حجر الزاوية في البناء القانوني الذي ظلَّت الشعوب الإسلامية تطبِّقه عبر العصور عن طريق قضاتها ونُظم محاكمها المنتشرة، كما أن هذا الفقه هو أساس التشريعات التي أصدرتها الدول الإسلامية وخلفاؤها وسلاطينها في الحقب المتوالية، وإن لم يتطابق معها.

وإذ استحقَّت فلسفة النظام القانوني الإسلامي لقبَ أصول الفقه، الذي يتشابه إلى حدٍّ كبيرٍ في الهدف والمباحث مع مماثله في النظام القانوني الإنجليزي الذي قد يطلق عليه: (Principles of Jurisprudence)، لكون الفقه أساسَ هذا النظام؛ فإن الواجب ألَّا يغيب عن البال وجوبُ تعبير أصول الفقه

الإسلامي عن كامل النظام القانوني الإسلامي، وأدواته ومعاييره التي يعمل بها، وسيعني عدم تعبير مشروع أصول الفقه عن مجمل النظام القانوني فقدانَ الأول مشروعيته ووظيفته العملية، وخسران الآخر بصيرته في توجيه هذا المشروع إلى سعي النظام نحو إقامة العدالة، وسيعود هذا على المجتمعات الإسلامية بالتِّيه والضياع سياسيًّا واقتصاديًّا على النحو المشاهد في القرنين الأخيرين.

وإذا اتضح هذا، فإن الواجب أن تنطلق هذه الدراسة الأصولية من المرتكزات والأسس التالية:

أولًا: استعادة المقصود القرآني في إقامة النظام التشريعي بكامله في الحكم بين الناس، أفرادًا وجماعات، على أساس العدالة، طبقًا لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨][1]. ولا يخفى اتفاق المفسرين على أن المقصود من هذه الآية ومثيلاتها هو الإلزام بإقامة العدل بين الناس في الأحوال كلِّها. وعلى سبيل الاستطراد، فقد فطن المعتزلة إلى إعلاء مفهوم العدل، وأرسوا مبادئهم على أساسٍ منه، غير أن خصومهم قد اتجهوا بهم في النقاش معهم ومجادلتهم إلى حمل العدل عندهم على شقِّه الإلهي، دون الإنساني، وهو ما أدى إلى إضعاف نظرهم، والنيل منهم. وستؤدي هذه الاستعادة - فيما يتعلَّق بقواعد أصول الفقه - إلى تأكيد أهمية كل ما يخدم هذا المقصود من جهة، والتمكين من اختبار مكانة كل قاعدة بالنظر إلى الفائدة التي تقدِّمها في تحقيقه عمليًّا أو نظريًّا من جهة ثانية.

ثانيًا: السعي إلى إعادة تعريف أصول الفقه بما يؤكِّد صلته بالجانب القانوني، أو بقواعد الحكم بين الناس وآلياته فيما ينشأ بينهم من خلاف. وبهذا فإن أصول الفقه يقترب من مفهوم أصول النظام القانوني من جهة، فيما يجب أن يبتعد في الوقت نفسه - ومن جهةٍ أخرى - عمَّا يمكن أن يطلق عليه أصول

---

(١) والأمر بالعدل موجَّه إلى الحكَّام والقضاة وكل أصحاب الولايات القضائية، انظر: تفسير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م)، (٨/ ٤٩٠)؛ وتفسير ابن كثير، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الثانية (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م)، (٢/ ٣٣٨).

فقه العبادات؛ كي يركِّز في حقيقته على القواعد الأصولية الخاصَّة بقسم المعاملات الذي يشتمل على أحكام الأسرة، والجنايات، والحقوق الشخصية والعينية، وغير ذلك مما هو ألصق بالقانون وضبط العلاقات الاجتماعية.

ومن المُسلَّم به اختلاف قواعد استنباط الأحكام المتعلِّقة بالعبادات عن تلك المتعلِّقة بالمعاملات وما تشتمل عليه؛ ذلك أن العبادات مدارها النص وإذن الشارع، ومقصودها تربية ضمير الفرد، وتكوين وعيه، وتهيئته ليكون عضوًا صالحًا في المجتمع يحترم القانون ويعمل به؛ على حين أن المعاملات معقولة المعنى، وتتجه إلى ضبط العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع المسلم، وبين هذا المجتمع وغيره من المجتمعات.

ويتجه القسم الأول في معظمه إلى الثبات وعدم التغيُّر، والنأي عن التأثُّر بحركة المجتمع، أما القسم الآخر فيشبه أن يكون مرآةً لحركة المجتمع على النحو الذي يتبدَّى - على سبيل المثال - في السياسة الشرعية، واستحداث العقود والنوازل، وقضاء القضاة.

ولا يتمايز القسمان إلى حدِّ القطيعة، بل يتكاملان في إيجاب الامتثال وتحقيق المصالح الاجتماعية، مع قيام الحاجة إلى الوعي بحدود كلٍّ منهما، يوضِّحه أننا حينما نتناول مشروعية الزكاة ومقصودها، فإن هذا مما يدخل في القسم الأول، على حين أن الحديث عن عمَّال الزكاة وجباياتهم وأوجه إنفاق حصيلتها مما يرجع إلى القسم الآخر. وتدخل الصلاة والصوم والحج والطهارات في القسم الأول، في حين ترجع المعاملات والالتزامات والجنايات والسير - على سبيل التمثيل - إلى القسم الآخر.

ويثير الخلط الشائع بين القسمين عددًا كبيرًا من الصعوبات فيما يتعلَّق بتحديد خصائص النظام الحقوقي الإسلامي وأصوله التي يعمل بها، حيث قد يبهت دور العُرف والتشريع والسوابق القضائية إذا تداخل القسمان معًا، ولا حاجة للقياس والاستحسان والمصلحة عند هؤلاء الذين يتجه أكثر نظرهم إلى العبادات وتغليب الامتثال للأوامر الشرعية، وهو ما يبدو في الأمثلة التي يسوقونها لقواعدهم الأصولية.

ولن ييسِّر الخلطُ بين القسمين استنباطَ أصولٍ تيسِّر عمل أولئك القانونيين المحدثين الذين انشغلوا بالقسم الثاني من الفقه الإسلامي دراسةً وتطبيقًا ومقارنةً، من أمثال مخلوف المنياوي، وقدري باشا، وعبد الله حسين التيدي، ودي سنتيلانا، وشفيق شحاتة، ومصطفى الزرقا، ومن على شاكلتهم، ممَّن قصروا جهودهم على القسم العملي القانوني في الدراسة المقارنة للفقه الإسلامي.

ثالثًا: الكشف عن فلسفة النظام القانوني الإسلامي الذي بدأه القرآن الكريم بتشريعاته المجملة، لتفصل السُّنة بعض جوانبها، بما مكَّن قضاة الصحابة ومن تلاهم من تطبيقها بنجاحٍ بالغٍ في مجتمعاتهم الآخذة في التوسُّع، واستوعب الفقهاء هذه الجوانبَ المتباعدة بالنظر إلى طبيعتها ووظيفتها، ليعيدوا اكتشافها والتعبير عنها في مشروعهم، بلغتهم الخاصَّة في مدارسهم المحليَّة ومذاهبهم العالميَّة التي أمدَّها استقبال الجماهير لها والتفافهم المتزايد حولها بالحيوية الدافقة والتأييد المستمر على نحوٍ لم يملك أولو الأمر في الدولة الإسلامية فيما أصدروه من تشريعاتٍ إلا المصادقة - ولو من حيث المبدأ - على هذا المشروع الفقهيِّ في مجمله، وهو ما يتضح - على سبيل المثال - فيما أصدرته الدولة العثمانية من قوانين في محتواها وصياغتها وتنظيمها.

رابعًا: تحليل الدور التاريخي الذي قدَّمه أصول الفقه منذ بدايته الأولى في تقديم الضوابط والمعايير الكافية للتنسيق بين المواد الفقهية والقضائية والتشريعية والأعراف الاجتماعية المتباعدة في النشأة والتطوُّر والصياغة، ولضبط العلاقة بينها في المفاهيم المتولِّدة عنها أو في التطبيق الواقعي لها، ودان لهذا العلم النجاح في إثرائه التجربة القانونية للدول الإسلامية المتعاقبة أحيانًا، كما كان عبئًا على هذه التجربة أحيانًا غير قليلة أيضًا، مما يرجع أحيانًا إلى الخلط المستمر بين ما يتبع الجانب النظري الفقهي، وما يتصل بالجانب التطبيقي الواقعي المتعلِّق بالقضاء ومؤسسات سَنِّ القوانين والتشريعات.

خامسًا: التطلُّع إلى البحث عن دور أصول الفقه في العصر الحديث لإقامة العدل في مجتمعاتنا وتقديم فلسفة قانونية تحقِّق مصالح هذه

المجتمعات؛ ذلك أن نُظُمَنا القانونية تعاني الآن من غياب فلسفة تشريعية تحدِّد الاتجاه والأهداف والآليات والقواعد بعد أن تعقَّدت الأمور أكثر، باشتمال التجربة القانونية الحديثة للدول الإسلامية على عناصر أجنبية عن المكونات التاريخية لهذه التجربة؛ فاتسع الواجب على أصول الفقه، وصار لزامًا عليه أن يقدِّم الضوابط والمعايير اللازمة للتنسيق بين الجوانب التاريخية للتجربة القانونية الإسلامية، وهذه الجوانب الجديدة المضافة إليها بحكم علاقات القوة في العالم المعاصر، والإخفاق المستمر للمجتمعات الإسلامية. وليس لدى هذه المجتمعات خيارٌ سوى أن ينجح أصول الفقه في ضبط أداء العناصر التي تؤلِّف تجربتها القانونية إلَّا أن يتركوا هذه التجربة للصدف والظروف.

وإذ يرتبط أصول الفقه في عمومه بالتجربة القانونية المديدة والحديثة للعالم الإسلامي، فالأوجب أن يستمرَّ أصول الفقه عنوانًا على هذا العلم المعروف به على أن يجري تشقيقُ علمٍ آخر يوازيه يتخذ عنوانًا آخر قريبًا منه هو: **أصول النظام القانوني** الذي يتناولُ قواعد الاستنباط الخاصَّة بالمعاملات وما يتبعها، مع استكمال مباحثه بالنظر في آليات هذا النظام القانوني الإسلامي، مما قد يتعلَّق بالعُرف والتشريع وعمل القضاة، وآليات مراجعة الأوضاع القانونية الراهنة، سعيًا للخروج من الدائرة النظرية المحدودة التي انحصر فيها أصول الفقه في إطاره التقليدي، مع العمل في الوقت نفسه على لفت الانتباه إلى وجوب تخليق فلسفة قانونية إسلامية معاصرة توائم طموحات المجتمعات الإسلامية في العدالة والتقدُّم، وتعكس أصالته وتميُّز نظامه.

(٣) التمييز بين الجانبين: النظري والعملي:

يجب التمييز فيما تتجه إليه الدراسات المعاصرة لأصول النظام القانوني الإسلامي في جوانب التجربة القانونية للمسلمين المتنوِّعة العناصر بين عددٍ من مستوياتها التي تتألَّف منها. وإذ تتعدَّد هذه المستويات - بحسب طبيعتها ودرجة أهميتها بما يشمل كلًّا من: الشريعة والقضاء والفقه والتشريعات المتسقة في مجملها مع العناصر السابقة قبل العصر الحديث، أو المستوردة الأجنبية عنها معها، مما استجدَّ في هذا العصر - فإن الواجب أن نفرِّق بين هذه المستويات

المتمايزة الخصائص. وإذا اتضح هذا، فإن الشريعة هي الأحكام والمبادئ الشرعية العملية المتضمَّنة في الكتاب أو السُّنة، وأما الفقه فهو فهمُ هذه الأحكام والمبادئ وتفسيرها وبيانها والاستدلال عليها والاشتقاق منها للتفريع عليها والتنسيق بينها في إطار الواقع العملي للمجتمعات الإسلامية.

ويشيع النظر إلى الفقه على نحو غير دقيقٍ من جانب كثيرٍ من الباحثين المحدثين باعتباره نظامًا دينيًّا يخاطب ضمير الفرد، ويتجه إلى إصلاح روحه بضمان موافقة سلوكه لما توجبه الأوامر الإلهية، وامتثاله لهذه الأوامر حتى يكون عبدًا لله اختيارًا، كما هو عبد لله اضطرارًا على حدِّ تعبير الشاطبي.

ويهمل الانحصار في هذا الإطار الوَجْهَ الآخر للفقه، وكونه تعبيرًا عن نظامٍ قانونيٍّ يتجه إلى المجتمع بمؤسساته التشريعية والقضائية لضمان العدل والأمن والمصالح المتنوِّعة المتفق على قصد الشارع إليها. ورغم وضوح التقابل بين هذين الاعتبارين، فإنه لا حقَّ في افتراض قيام التعارض بينهما من أي وجه؛ وذلك لكثرة الشواهد والأدلَّة المؤيدة للقصد إليهما معًا؛ إذ تدفع نصوص عديدة في اتجاه اعتبار التعبُّد الغايةَ النهائية من خلق الله الجن والإنس، على حين توجب نصوص أخرى عديدة إقامةَ العدل في الحكم بين الناس ورعاية مصالحهم المعتبرة، وهو ما يدلُّ على عدم التعارض بين دواعي الامتثال الفردي، وواجب المجتمع في إقامة العدل ورعاية مصالحه المعتبرة.

ويجب النظر إلى الفقه الإسلامي في غير العبادات من وجهة تأسيسه لمفاهيم النظام القانوني الذي طبَّقه المسلمون عن طريق قضاتهم ومحاكمهم التي أقاموها في كل مِصر، منذ نشأت دولتهم وحتى العصر الراهن، دون استبعاد فائدة الامتثال لأحكامه في تنمية ضمير الفرد وصقل وجدانه وترشيد وعيه، مما هو ضروري لتقوية سلطة القانون والالتزام بأحكامه.

وأما القضاء والقوانين أو التشريعات التي ظلَّت تصدرها السلطات المختصَّة في البلاد الإسلامية قديمًا أو حديثًا، بموجب الحقوق التي تكفلها السياسة الشرعية، فلا تتعارض مع المفاهيم الأساسية المنصوص عليها أو المستنبطة منها.

وتبدي الدراسات المعاصرة اهتمامًا متزايدًا بالكشف عن أحكام القضاة والوثائق القانونية والتشريعات، مما عساه أن يمدَّ الدراسات الفقهية والأصولية بنوافذ جديدة لنظراتٍ أشمل وأوسع تستهدف إدراك آليات تفاعل النظام القانوني الإسلامي مع الواقع في الماضي للإفادة منها في تقديم فلسفة قانونية معاصرة تأخذ بأيدي مجتمعاتنا إلى العدالة الغائبة عنها. وعلى أصول الفقه ضرورة أن يعكس ملامح النظام القانوني الإسلامي وآليات تطبيقه في الواقع العملي للمجتمعات الإسلامية قديمًا وحديثًا، وسوف يلزم إحاطة هذا العلم في مباحثه المختلفة بهذه الجوانب المتنوِّعة الكاشفة عن التجربة القانونية الثريَّة للمجتمعات الإسلامية.

وإذ تشكَّلت الدراسات في أصول الفقه الإسلامي - قديمها وحديثها - من النظر في المواد المنطقية والفقهية المتاحة لأفذاذ الكاتبين في هذا العلم في عصورهم البعيدة، فإن الكشف عن القوانين التي أصدرتها الدول الإسلامية المتعاقبة وعن مئات الآلاف من أحكام القضاة مما يلزم أخذه في الاعتبار عند إعادة التفكير في أصول الفقه وتجديد مباحثه، للعمل على اكتشاف أصول النظام القانوني الإسلامي.

وقد تزايد في العقود القليلة الأخيرة اهتمام العديد من المؤسسات العلمية الدولية بنشر أحكام المحاكم والقوانين والقرارات التي أصدرتها السلطات التشريعية المعنيَّة، إلى جانب وثائق المعاملات والشروط، مما يتعلَّق بتجربة المجتمعات الإسلامية في سعيها الدائب لتطبيق العدالة الواجبة بمقتضى النصوص القرآنية العديدة، وذلك مثل: «**مشروع الفقه الإسلامي مجسدًا**» الذي موَّله الاتحاد الأوروبي، وهو ما عساه أن يحقِّق طفرةً كبيرةً في إتاحة مواد جديدة، من شأنها أن تؤثر في فهمنا لمجمل التجربة القانونية الإسلامية بكاملها، سواء على المستوى المذهبي أو النظري العام أو التشريعي القانوني أو القضائي.

وسيفتح مثل هذا النظر البابَ واسعًا لاختبار العديد من المسلَّمات المتعلِّقة بتاريخ الفقه وتطبيقه والعلاقة بين المذاهب الفقهية، كزيف ادعاء جمود الفقه منذ منتصف القرن الرابع الهجري، والانتقاص من مجلة الأحكام العدلية

بانحصار اختياراتها في دوائر المذهب الحنفي، رغم حقيقة اشتمال كل مذهبٍ على الآراء الموجودة في غيره.

لقد انحصر أصول الفقه في الدائرة المذهبية، أو النظرية المقارنة المشحونة بالتوتُّر والجدال والترجيح. ومع ذلك، فقد آن الأوان لإخراجه من هذه الدائرة إلى نطاقٍ أوسعَ بحيث يشمل كلًّا من الجانبين النظري المتعلِّق بكلٍّ من الشريعة والفقه، والتطبيقي العملي المتعلِّق بالتشريع والقضاء.

إن الافتراض الأساسي البدهي الذي تنطلق منه هذه الدراسة هو أن الفقه الإسلامي جزءٌ لا يتجزَّأ من نظامٍ قانونيٍّ كاملٍ يتغيَّا فرض العدالة في الواقع العملي، ويشمل إلى جانبه كلًّا من العمل القضائي والتشريعي القانوني.

ولهذا، فإن الواجب أن يعاد تعريف علم أصول الفقه كي يعبِّر عن «**أصول النظام القانوني الإسلامي**» بكامله، بحيث يشمل كلًّا من الجانبين النظري والعملي المتعلِّق بالآليات التي اعتمد عليها النظام القانوني الإسلامي في سعيه لتحقيق العدالة التي أوجبها القرآن الكريم.

وبهذا، فإن مفهوم أصول الفقه التقليدي لن يختلف عن مفهومه المألوف فيما يمكن أن نطلق عليه: **أصول النظام القانوني الإسلامي**؛ إذ يجري تعريف أصول الفقه - على وجه الإجمال - بأنه: «العلم الذي يبحث في كيفيات استثمار الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية»، وسيمكن تعريف أصول النظام القانوني الإسلامي بإضافة: «وآليات تطبيقها (أي الأحكام) في الواقع العملي بالتشريع والقضاء». وبهذا يجتمع في قرنٍ واحدٍ كلٌّ من كيفيات الاستثمار النظري للأحكام الشرعية من الأدلة، وآليات التطبيق العملي لهذه الأحكام فيما يُشار إليه بأصول النظام القانوني الإسلامي.

ويفرض هذا المنهج الوعي بحقيقةٍ يجب التسليم بها، وهي أن الفقه الإسلامي تعبيرٌ في جانبٍ منه عن نظامٍ قانونيٍّ كاملٍ جرى تطبيقه في الدول والإمبراطوريات الإسلامية المتعاقبة والمترامية الأطراف قرونًا مديدة، وينبغي أن تتجه أصول هذا النظام إلى العمل على تحديد المعايير والموازين التي يعمل بها، سواء في ضبط الأحكام أو في تطبيقها.

وتدلُّ عناية المسلمين بتحديد هذه الأصول على خطأ اعتقاد ماكس فيبر الذي تبعه كثير من المستشرقين، في تصويره القاضي المسلم جالسًا إلى جوار شجرة يستظلُّ بها، ليقضي بين الخصوم الذين يأتون إليه بما قد ينقدح في ذهنه دون ضابطٍ أو معيار، ويجب التأكيد على أن قواعد الأصول هي التي تخلق الإطار العامَّ للنظام القانوني الإسلامي، وأن هذا بالتأكيد هو وظيفة هذه القواعد، سواء في الماضي أو الحاضر.

(٤) تضمين أصول الفقه معنى أصول النظام القانوني:

يقدِّم أصول الفقه الضوابطَ والمعايير التي تحكم الجانب النظري الخاص بالمفاهيم والاستدلال عليها في إطار التمذهب الكلامي والفقهي على السواء، حيث يمكن تصنيف المؤلفات الأصولية المعروفة إلى ما هو معتزلي، أو أشعري، أو ماتريدي، أو شيعي؛ وإلى ما هو حنفي، أو شافعي، أو مالكي، أو حنبلي.

وقد أنتج إيغال أصول الفقه في هذا النظر المذهبي إسرافًا في تجريد مباحثه، وعناية بالإشكالات والخلافات المذهبية، والمبالغة في الجدال للانتصار للمذهب الذي يعلنه المؤلف، فضلًا عن تعقيد التناول، وبُعْدِ كثيرٍ من هذه المباحث عمَّا يلامس استثمار الأحكام من الأدلة، أو آليات تطبيق هذه الأحكام المستثمرة.

ولا مخرج لأصول الفقه من هذا المأزق إلا بإضافة الجانب العملي التطبيقي المتمثِّل في التشريع والقضاء إلى الجانب النظري المتمثِّل في الفقه، وهو ما يناسبه تعريف «أصول الفقه» بتضمينه معنى: «أصول النظام القانوني الإسلامي»؛ كي يشمل هذا التعريف الجديد كلًّا من الجانبين المذكورين، وكي يعبِّر عن ضوابط النظام بكامله، سواء في تحديد المفاهيم الحقوقية أو تطبيقها في مؤسسات العدالة المحلية والدولية على السواء.

وليس الهدف مجرَّد جمع الجانبين معًا، بل الأمر أجلُّ وأخطر، وهو العمل على تقديم الإطار الفلسفي اللازم لتصحيح مسارات تطبيق العدالة في

المجتمعات الإسلامية المعاصرة بعد أن تشعَّبت بها السُّبل، واختلط الحقُّ بالباطل، واشتدَّ العسف والجور، مما يتحمَّل بعضه بالتأكيد هذا النظام القانوني الهجين (Hybrid) الذي أزاح منذ أواخر القرن التاسع عشر نظامًا كان يمكن تطويره من داخله وبفلسفته الخاصَّة، مثلما فعلت بلاد أوروبية في هذا التاريخ بنُظُمِها الأقل في التطوُّر. وللتوضيح، فإن **مجلة الأحكام العدلية** قد صدرت قبل القانون المدني الإيطالي بأكثر من عشرة أعوام.

ولن يستطيع علم أصول الفقه - بمفهومه التقليدي - أن يضطلع بالدور المرتقب في تقديم فلسفة قانونية مرنة، تستوعب النظام الحالي وتأخذ بيده للتصالح مع تاريخه، وتعبِّر عن جوانبه الثلاثة، وهي: الفقه والقضاء والقانون، بدلًا من الوقوف عند الجانب الفقهي النظري والتعبير الجدلي المجرَّد عنه، مما لا يحيا به وحده أيُّ نظامٍ قانونيٍّ.

وعلى التعليم الفقهي أن يتطور ليدرِّب الطلاب والطالبات الآخذين في التزايد على دراسة الوثائق المتنوِّعة والأحكام القضائية والقوانين واللوائح للإلمام بالتاريخ والمفاهيم القانونية التي وعتها الذاكرة القانونية للأمَّة العربية والإسلامية، إن أخذنا مستقبل تطبيق العدالة في بلادنا بالجديَّة اللازمة.

(٥) مشكلات متزايدة:

أدى إهمال الآليات العملية في التناول الأصولي إلى عكوف الأبحاث والدراسات الحديثة التي تقترب من الأصول على ترديد عددٍ من المفاهيم النظرية التي تقلُّ فائدتها، سواء في فهم النظام القانوني التقليدي، أو في حلِّ المشكلات الأصولية للنُّظم القانونية الحديثة في الظروف الحالية.

لقد أراد يوسف شاخت من تركيزه في كتابه «**أصول الفقه الإسلامي**» على هدم الإسناد والسُّنة والبرهنة على زيفهما، أن يردَّ النظام القانوني الإسلامي بكامله إلى أعراف البلاد المفتوحة المتأثرة بالقانون الروماني. وانشغل عددٌ كبيرٌ من الباحثين الغربيين في تطوير نظرية شاخت دونما فائدة حقيقية.

ولم يجد وائل حلاق أية فائدة في تطوير العلماء التقليديين - من أمثال:

عبد الوهاب خلاف، ومحمد أبو زهرة، ومصطفى شلبي - لمباحث أصول الفقه. ويكْمُن الحلُّ عنده للحاق بالحداثة في الثورة على أصول الفقه والخروج على مقرراته، طبقًا لما نادى به كلٌّ من محمد سعيد العشماوي، ومحمد شحرور، ومحمد عابد الجابري.

ويتجه الإعلان عن فتور الشريعة لدى مؤلِّف جادٍّ هو الآخر إلى إسناد هذا الفتور المفترض لرجالها، لتبرئتها مما ران عليها من جمود. ويلزم مراجعة هذا الافتراض على ضوء جهود القضاة والمفتين في متابعة النوازل والمستجدات.

أما هذه الأبحاث التي اعتمدت على المصلحة والتخيُّر والتلفيق والحِيل في علاج التوتُّر بين النظر والتطبيق، وتأكيد النزعة العملية للنظام، فإنها تضحي بالضوابط والمعايير التي يلزم أن يتحلَّى بها أيُّ نظام قانونيٍّ، وهو ما قد يستوجب تغيير مصطلحي التوتُّر والتناقض بين الواقع والنظر الفقهي باستخدام مصطلح التفاعل بين الجانبين. وكان كولسون هو الذي أشاع استخدام هذين المصطلحين في تحديد العلاقة بين التفكير الفقهي والواقع العملي.

والأعمُّ من هذا هو تصنيف النظام القانوني الإسلامي تصنيفًا أجنبيًّا عنه، وهو أنه نظام دينيٌّ جامد لا يتطور ولا يمكنه التعبير عن المصالح المتجدِّدة للمجتمعات العربية والإسلامية. وجاء الدفاع البائس للتسليم بالنتائج، ولوم التقليد الذي حلَّ بالنظام، والمطالبة بفتح باب الاجتهاد.

ويتكفَّل النظر في الجانبين العمليين باعتبارهما المصدرين المباشرين لفهم عمل النظام القانوني الإسلامي، وهما: الأحكام القضائية المتنوِّعة والقوانين، بالخروج من هذه الدوائر المغلقة، وفتح الباب لوزن الآراء السائدة ونقدها.

وإذا كان على أصول الفقه أن يطور مباحثه ليشمل المفاهيم التي يعبِّر عنها هذان المصدران المباشران اللذان أصبحا محلَّ اهتمام متزايد، فإن عليه أن يسعى أيضًا للنظر في هذه المفاهيم على ضوء المقررات الأصولية المألوفة، لا لعُسْر الفطام عنها على النحو الذي قدَّره الغزالي؛ وإنما لكونها جزءًا من التجربة القانونية الإسلامية في وعي أولئك الذين أسهموا في صياغتها.

ولا يعني ذلك التقليل من أهمية التعديلات المطلوبة على ضوء منجزات

القضاة المسلمين والمتشرعين كذلك - بدرجةٍ أقلَّ - من جهة أن أحكام القضاة هي الثمرة النهائية التي تشكِّل الأبعاد الحقيقية لأيِّ نظام قانونيٍّ.

إن الأحكام القضائية هي القانون الحيُّ، كما أنها التعبير المباشر عن الأحكام الشرعية. أما الفقه فيمثِّل جهد العلماء في مراجعة هذه الأحكام، وتنسيقها، وتقعيدها، وبيان حجيتها دون الاحتجاج لها، وبيان مصدرها. وكذا تمثِّل التشريعات اختياراتِ النظام القانوني في لحظةٍ تاريخية معيَّنة تحقِّق التوافق أو الإجماع عليها على النحو الذي يفيده النظر إلى مجلة الأحكام العدلية.

ولن ينتج الانحصار في الجانب الفقهي وحده - باعتباره مصدرًا غير مباشر في فهم آليات العمل في النظام القانوني - سوى الاستغراق في هذه الدوامات البائسة، وإنتاج ما تمَّ إنتاجه، على النحو الذي يشيع في أقسام الدراسات الإسلامية حتى في الجامعات العريقة. واستكمال المصادر المباشرة وغير المباشرة في ضبط آليات عمل النظام القانوني الإسلامي من أوجب الواجبات لتطوير أصولٍ جديدة تستوعب ما فات وترشد إلى ما يجب عمله فيما هو آت.

(٦) منهج التناول:

ليس هذا الكتاب في أصول الفقه بمعناه التقليدي، بقدر ما أرجوه أن يكون كتابًا يستوعب أصول النظام القانوني الإسلامي الذي لا يمثِّل الفقه فيه - كما تقدَّم - سوى أحد ثلاثة أجنحة يتألَّف منها هذا النظام، وهي: التشريع أو القانون، ثم الأحكام القضائية التي يصدرها القضاة، والفقه كذلك. وينصرف الأولان (التشريع والقضاء) إلى الجانب العملي الذي يهدف إليه أيُّ نظامٍ قانونيٍّ يجري تطبيقه في الواقع، فيما ينصرف الأخير (الفقه المبني على الشريعة) إلى الجانب النظري التنظيمي والتعليمي، دون أن يكون لأيٍّ من هذه الأجنحة الثلاثة غنًى عن الآخر.

ولا يعني هذا خروج هذا الكتاب عن منهجية أصول الفقه التقليدية بقدر ما يتطلَّع إلى ملء الفراغات وإكمال النقص، وإضافة ما يلزم للتعبير عن النظام القانوني الإسلامي الذي بدأه القرآن الكريم بالأمر بالحكم بالعدل في قوله

تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨] بما يتضمَّن جانبي التشريع والقضاء، وهو ما أكمله بالأمر بمداومة التفقُّه والنَّظَر لإحكام العمل بالعدل، وذلك في قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ﴾ [التوبة: ١٢٢].

ومن المحزن حقًّا أن ينصرف دارسو الفقه الإسلامي - منذ فترة غير قليلة - إلى صرف أكبر عنايتهم إلى الجانب النظري وحده رغبةً في نيل الخير الذي بشَّرت به السُّنةُ النبويَّة المتفقهين في الدين، دون أن يبذلوا جهدًا مناسبًا للنظر في الجانب العملي؛ وهو ما أدى إلى شيوع كثيرٍ من الأخطاء الفادحة في تصوُّر وظيفة هذا الفقه وتاريخه وطبيعته وقصده إلى تحقيق العدل الذي زلزل به القرآن أوضاعًا قانونية ساذجة في أقل ما توصف به.

لقد سعى التشريع القرآني إلى التغيير، وحقَّقه بقاعدة العدل في الحكم بين الناس فيما ينشأ بينهم من خلاف، وتمثِّل قاعدة العدل في القضاء والقانون جوهرَ النظام القانوني الإسلامي، والفلسفة التي تضبط كلًّا من التشريع والقضاء والفقه.

وهكذا، فإن هذا النظام عدلٌ كله، ولن يدخل فيه ما هو من قبيل الجور والظلم، وإن تأوَّله المتأوِّلون، فيما أشار إليه ابن القيم؛ ولذا كرَّر القرآن الأَمْرَ بالعدل والقسط في مناسباتٍ عديدة تزيد عن ثلاثين مرةً، على حين ورد فيه النهي عن الظلم والتعدي ومجاوزة الحدود في أكثر من ثلاثمائة موضعٍ.

ومثلما يتوافر الوجود الكليُّ في الطبيعة المشاهدة التي تترك التفاصيلَ للناس، كإنشاء مدينة أو مشروع، فإن القرآن قد بسط إطاره التشريعيَّ الكليَّ من هذه المفاهيم العامَّة تاركًا تفاصيل النظام القانوني الذي أراده للقضاة والفقهاء والمشرِّعين.

وسأحاول في هذا الكتاب ألَّا أغفل عن بيان الآليات التي أقامها الأصوليون لضمان سراية هذه المفاهيم العامَّة في النظام التشريعي، وهي الآليات التي كفلت لهذا النظام استقلالَه عن غيره، ووفَّرت له - في الوقت نفسه - القدرةَ على تحقيق المصالح الاجتماعية المنوطة به.

ولذا فإن العنوان الذي سيتخذه هذا الكتاب - وهو **أصول النظام القانوني الإسلامي** - لا ينحصر معناه في الجانب النظري المتعلِّق بكيفيات استثمار الأحكام الشرعية من الأدلة المعتمدة، وإنما الواجب أن يتسع - كما تقدَّم - إلى البحث في آليات تطبيقها كذلك. والفرق الذي يشي به هذا التعديل في التعريف هو الفرق بين الاقتصار على النظر دون قرنه بالتطبيق، أو مجرَّد الوقوف عند النظريات الفقهية التي صاغها الفقهاء في الكتب وتداولوها في قاعات الدرس، أو الولوج منها إلى العمل التشريعي والقضائي الذي يختبر سلامة هذه النظريات في الواقع العملي للمصادقة عليها أو تعديلها، وتوليد غيرها مما هو أكثر ملاءمةً للواقع والمصالح التي يتطلبها المجتمع.

وهذا التغيير في الأُفق العام للأصول هو المدخل الصحيح لتجديد هذا العلم، مما يمكن أن يمثِّل بدايةً ثالثةً لهذا العلم بعد ولادته الأولى على يد الشافعي والثانية بفضل الغزالي الذي يمكن القول بأن كلَّ ما تلا مستصفاه حتى اليوم لم يخرج عنه.

ويستلزم استلهام النظام القانوني بجوانبه الثلاثة اتساع محاور النظر، كي تشمل كلًّا من التجارب التشريعية الغنيَّة للدولة العثمانية السنية، والعمل القضائي الممتد للدول الإسلامية المتعاقبة بدءًا من الخلافة الراشدة التي شهدت تقنيناتٍ أساسية، مثل تلك المتعلِّقة بالتعامل القانوني الرشيد مع الأرض المفتوحة، مما يقود إلى التطرق لدراسة التقنين ومنهجه، وعلاقته بالنظر الفقهي وأساليب صياغته، والدور الذي يمكن لعلم القواعد الفقهية القيام به، وأساليب التخيُّر من الاجتهادات الفقهية في الأحكام القضائية والتشريعية، وتقدير أدوار الأعراف والعادات، وقواعد العدالة، فضلًا عن إعادة النظر في بعض الرطانات المتعلِّقة بتاريخ هذا النظام القانوني، كالقول بتيبُّسِهِ وجموده بعد منتصف القرن الرابع الهجري. وقد يفيد هذا النظر كذلك في اكتشاف آلياتٍ ومعاييرَ مستحدثةٍ لفحص التجارب القانونية المعاصرة للبلاد الإسلامية في إطار مفاهيم السياسة الشرعية.

وبهذا، فلا يمثِّل البحث في جوانب أصول النظام القانوني الإسلامي استبعاد المباحث المألوفة في أصول الفقه الإسلامي، بل الإضافة إليها،

وفحصها بمنظار نقديٍّ يفرِّق بين ما استدعاه الدفاع عن المذهب الأصولي، وما أوجبه العمل في عصره، مع وزن القيم النسبيَّة للمفاهيم الأصولية في التطبيق العملي. وقد يمثِّل البحث على هذا النحوِ مدخلًا حقيقيًّا لتجديد علم أصول الفقه الذي ناوشته أقلام كثيرة، منذ بدأه حسن الترابي رحمه الله، دون أن تستطيع الولوج إليه.

والحقُّ أنني لم أتوقف عن الحلم طيلة أكثر من عشرين عامًا، مذ صدرت الطبعة الأولى لكتابي عن أصول الفقه، بأن يسعفني الوقت والجهد لأن أخطَّ على الورق أفكارًا مراوغةً عن تاريخ أصول النظام القانوني الإسلامي، بمراحله المتعاقبة، ومناهجه المختلفة، مع مراعاة ضرورات الفصل بين مستوياته المعرفية والمنطقية والكلامية والجدلية واللغوية والفقهية، لتفكيك هذه المستويات - من جهة - بغية تحقيق وضوح التحليل العلمي، ثم إعادة تركيبها - من جهةٍ أخرى - سعيًا إلى تحديد وظيفة هذا العلم، والأهداف المنوطة به؛ وذلك لتحديث مباحثه، والاتجاه بها صوب إقرار الإنصاف والعدالة التي أوجبها القرآن الكريم بأوضح بيانٍ وآكده، سواء بإضافة ما قد يستدعيه هذا التحديث، أو بطرح ما راكمته الأجيال المتعاقبة من أبحاثٍ لا طائل منها في العمل الفقهي والتشريعي.

ويجب أن أعترف بصعوبة إقامة هذا النظام بين تلال الأبحاث والدراسات المتوالية الصدور قديمًا وحديثًا، وهو ما قد ألجأني في الطبعة السابقة إلى قدرٍ كبيرٍ من التكرار للنتائج المألوفة. ولعل توجُّه هذه الطبعة السابقة بالدرجة الأولى إلى الطلاب المبتدئين في كلية الحقوق هو ما كان قد أوجب عليَّ الوقوف عند أسس أصول الفقه والخطوط العامَّة لهذا العلم بدل التفكير في أصول النظام القانوني بكامله، مع الاكتفاء بالمنهج الوصفي السردي وعدم الإيغال في التحليل والتفصيل.

ويجب أن أعترف كذلك بأن لعلم أصول الفقه نسقًا معرفيًّا وفكريًّا شديد الجاذبية في منطقه العام، مع هذا الترابط والتماسك في أجزائه وفروعه التي يأخذ أولها بحُجَز آخرها، إلى حدِّ التضحية بالتفصيلات الضرورية التي لا تتناغم مع منطقه النظري الصلب؛ وبهذا فهو يفرض أحيانًا على من يتناوله

بالتأليف من المحدثين - حتى من بين دعاة التجديد - السَّيْرَ في إطار هذا النسق النظري بتفصيلاته المعهودة، وهو ما قد يفسِّر تكرار دعاة التجديد أنفسهم لمباحثه التقليدية، وعدم قدرتهم على الانعتاق من هذا النسق المعهود في مدوناته الشهيرة التي يحتلُّ بينها مستصفى الغزالي مركزَ منتصف الدائرة، من حيث ترتيب الأبواب وتنسيق المصطلحات والاستدلال على الآراء المألوفة ذاتها، ثم لا تجد بعد هذا كلِّه من فرقٍ بين داعٍ إلى التجديد محبِّذٍ له أو غيره. لقد انتقد الغزالي في «المستصفى» استطرادات الأصوليين ليبيِّن أنه لن يستبعدها من كتابه بحجَّة أن الفطام عسيرٌ.

ولا سبيل إلى الانعتاق من هذا النسق الحديدي إلا بإدراك تطوُّر هذا النسق، مع تجريب آلياتٍ وأدواتٍ غير تلك التي استقرَّ عليها التأليف الأصولي في العصر الحديث؛ ولهذا سأضيف عددًا من المباحث المتعلِّقة بالنظر في عددٍ من أمهات المؤلفات الأصولية لتحليل إسهامات مؤلفيها، وإضافاتهم، والأهداف التي قصدوا إليها من هذه الإضافات، مع ربط كلِّ هذا بواقع البنية الثقافية والتطلعات الفكرية السائدة في البيئة العلمية الحاضنة لهؤلاء المؤلفين.

وإنما أصدر عن هذا - فيما يجب أن أعترف به - من قاعدة منهجية عامَّة تقضي بأن تحليل أي نصٍّ إنسانيٍّ يتطلب فهم معانيه أولًا، ثم الانطلاق من ذلك لتعميق هذا الفهم بتوطينه في محيطه الذي نتج فيه والسياق العام المرتبط به، والجدل الدائر الذي قد تفاعل معه مؤلِّف هذا النص.

ولا يمكن بالطبع استيعاب أبرز المؤلفات الأصولية في هذا التحليل، وإنما سأقتصر على بعضها، مما صدر قديمًا أو حديثًا، في حدود ما يسمح به الحيز المتاح.

وأهدف من هذا كلِّه إلى التمييز بين المناهج الأصولية المتداولة لتخيُّر ما عساه أن يساعد الفقيه المسلم في اكتشاف الأحكام الشرعية الواجبة التطبيق في واقعنا المعاصر، وفي إعادة هيكلة أوضاعنا التشريعية السائدة التي لا تربطها فلسفة واضحة، ولا تقوم على نظرية متسقة المبادئ والقواعد. ولهذا لا تحظى هذه الأوضاع بأدنى قَدْرٍ من الاعتراف العلمي في المنتديات والمؤتمرات العالمية، كما أنها لم تعد منذ زمن قادرةً على إنجاب مهنيين قانونيين من ذوي

الوزن والقدر المعترف به بعد أن غابت عن سمائنا أسماء مثل عبد الرزاق السنهوري، وشفيق شحاتة، ومعروف الدواليبي وغيرهم.

والنتيجة المترتبة على غياب الفلسفة التشريعية الجامعة والنظرية القانونية الضابطة لمكونات هذه الأوضاع القانونية هي - في كلمةٍ واحدةٍ - ضعف إدارات العدالة في مجتمعاتنا، مع عجزها البادي عن مواكبة طموحات الأمَّة في التقدُّم السياسي والاجتماعي؛ ولهذا يلزم إعادة صياغة أصول النظام القانوني الإسلامي صياغةً تتطلَّع إلى رسم بعض قسمات هذه الفلسفة المفتقدة، إسهامًا من هذا العلم في إحقاق الحقِّ ودعم العدالة والتنمية والتقدُّم في مجتمعاتنا، وهو ما يكسب هذا العلم أهمية عملية إضافية.

وبهذا تعمل هذه الدراسة لأصول النظام القانوني الإسلامي على إنزال علم أصول الفقه من نقائه النظري الذي لا يعدو القصد إلى تحرير نظرية المعرفة الفقهية المناسبة للدفاع عن البنية التشريعية التي طبقتها مجتمعاتنا قرونًا طويلة، إلى أرض الواقع بتعقيداته الاجتماعية في التشريع والقضاء، وجدلياته العقائدية والأخلاقية الحادَّة؛ بغية الجمع بين كلٍّ من إعادة اختبار الإطار الأصولي القائم، بتعديل بعض مباحثه والإضافة إليها، وفتح الباب للتفاعل مع الأوضاع التشريعية البائسة التي تقعد بمجتمعاتنا عن النهوض والتقدُّم، لا لمجرَّد انفصالها عن الذاكرة القانونية الممتدَّة لهذه الأمَّة؛ وإنما من منظور فشلها الوظيفي في تطوير مرافق العدالة، وتمكينها من القيام بما تتطلبه مجتمعاتنا.

إن على الكاتبين في أصول النظام القانوني الإسلامي - إن اعتقدنا بكفاءة هذا النظام - أن ينزلوا إلى الأرض، وأن يساعدوا نُظُمَنا القانونية الهجينة والمختلطة، بل والمشوَّشة أحيانًا، على صياغة فلسفة حقوقية مترابطة ومتماسكة الأجزاء لا غنى عنها في العمل على ترقية نظمنا القانونية؛ وإنما ذلك بالخروج إلى دائرة أوسع، قد تشمل منهجية التشريع بنماذجه البالغة الرقي قديمًا وحديثًا، فضلًا عن منهجية العمل القضائي الذي يتجلَّى في الآلاف المؤلَّفة من أحكام المحاكم مما تزخر به دور الوثائق والمخطوطات في العالم الإسلامي وغيره.

وتمسُّ الحاجة لمثل هذا العمل المنهجي الثلاثي الأطراف (الفقه،

والتشريع، والقضاء) على ضوء متطلبات تحديث التفكير الفقهي الإسلامي المعاصر في الحقول المدنية والسياسية والدولية والاقتصادية، وذلك في ظروفٍ وأوضاعٍ وأهدافٍ مختلفة - إلى حدٍّ كبيرٍ - عن تلك التي عمل فيها ولها الشافعيُ وأقرانه، ومن أتوا بعده، وهو ما يؤكِّد الدور العملي للقواعد الأصولية في مجتمعاتنا المعاصرة.

(٧) تطوُّر أصول الفقه:

يجب التفطُّن من أول الأمر إلى وجوب ربط النسق الأصولي في صياغاته المختلفة بالمفاهيم والأهداف العملية المقصودة من الفقه الإسلامي والنظام التشريعي الذي هدف القرآن الكريم والسُّنة النبوية إلى إقامته في البيئات والأولويات الاجتماعية المتنوِّعة، والظروف والعصور والتجارب الإنسانية المختلفة.

إن الشريعة الإسلامية التي تتطلَّع المجتمعات الإسلامية إلى تطبيقها تكاد تنحصر عند البعض في تطبيق الحدود، وكأنها الهدف الأسمى والنهائيُّ الذي يحلُّ مشكلات عبثية نظام التقاضي السائد، والفشل الاقتصادي، والتخلُّف السياسي، وعجز الخطاب السياسي الإسلامي عن إقناع الجماهير رغم اعتزازها بهويتها المستمدَّة من دينها.

وعلينا لتحديد مفهوم عمليٍّ ومعاصر للفقه الإسلامي - فيما أعتقد - أن نبدأ من المبادئ العليا القاطعة التي أولاها القرآن عنايةً بالغة، ولعل قواعد العدل والقسط والإنصاف وتحريم الظلم والمساواة والحرية ورعاية الضعفاء المتكرِّرة الورود في العديد من السياقات المدنية والتجارية والجنائية والدولية، من أهم ما يجب البناء عليه في التحديد المعاصر لمفهوم الفقه الإسلامي، وذلك فضلًا عن الالتفات إلى قيمة بعض هذه القواعد في إثراء تجربة تطوير القانون العرفي الإنجليزي والأمريكي؛ مما أدى إلى اعتراف أرفع مؤسسة قضائية أمريكية في ملصقٍ بقاعة الحكم فيها يشيد بالدور العظيم الذي قام به محمَّد ﷺ في ترقية التشريع الإنساني.

ويعبِّر نقشٌ بكلية الحقوق بجامعة هارفارد الشهيرة عن الحفاوة بآية سورة

النساء[٢]، باعتبارها من أفضل التعبيرات التي تحضُّ الإنسانية على التمسُّك بالعدل. والذي يعبِّر عن العدل في القضاء بمفهومه الشامل للتشريع كذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

ويختلف المفهوم الكليُّ للعدل الذي يحيط بالشريعة جميعها، والذي عبَّر عنه ابن القيم في تقريره: «أن الشريعة عدل كلها ورحمة كلها»، عن فساد هذا المفهوم الجزئيِّ للشريعة الذي يكاد يحصرها في إقامة الحدود، طبقًا لما عبَّر عنه عددٌ من الإحصاءات الحديثة التي جرت عام (٢٠١١م)، حيث أيدَّ (٨٠٪) من عينة البحث رجم الزاني المحصن، وأوجب (٧٠٪) قطع يد السارق، و(٨٨٪) قتل المرتد. لكن الإحصاء الذي جرى عام (٢٠١٢م) يبيِّن أن نسبة (٦٠٪) هي التي رغبت في تطبيق التشريعات المستمدَّة من القرآن الكريم[٣].

والذي أودُّ أن أقرِّره هنا - بإيجاز شديد - أنه لا سبيل لتحديث أصول الفقه وتناول مباحثه في إطار عصريٍّ إلَّا بالنظر إلى آليات عمل النظام القانوني الإسلامي، مع توظيفها في ترقية النظام القانوني السائد في البلاد العربية والإسلامية.

ويجب التفطُّن لتحقيق ذلك إلى أن هناك أمورًا كثيرة قد حدثت، وأن الأوضاع التشريعية والفقهية السائدة في البلاد العربية والإسلامية قد تغيَّرت تغيُّرًا كبيرًا، حتى لتكاد تفقد صلتها بما كانت عليه في الماضي القريب. ويستوجب هذا أن يتسلَّح المحدثون بالشجاعة لإعادة استلهام النصوص القرآنية المحرِّمة للظلم والعدوان في أكثر من ثلاثمائة موضعٍ، والموجبة للعدل والقسط في أكثر من ثلاثين موضعًا لإعادة فهم الأدوار التي قام بها الإجماع والقياس في الحفاظ على البنية الفقهية التقليدية بالتوازن مع الأدوار التي قام بها كلٌّ من الاستحسان والمصلحة في مدِّ هذه البنية بالحيويَّة والخصوبة اللازمتَيْن لتطوير

(٢) قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥].

(٣) أشار إلى هذه الإحصاءات شادي حميد في كتابه:
Temptation of Power, Islamists & Illiberal Democracyin a New Middle East, Oxford University Press, published (2014), pp. (17-19)

هذه البنية، وإكسابها العقلانية التي لا غنى عنها في إقامة العدالة وتحقيق المقاصد التي تسعى إليها هذه البنية.

وأشير في هذا الإطار إلى وجوب إدراج بعض المصادر المعتبرة في الفقه التقليدي، كالعُرف والعادة والتشريع والتخيُّر ضمن مباحث أصول الفقه، مع ضمِّ غيرها إليها مما استجدَّ في النظر الفقهي قديمًا وانتشر في العصر الحديث كالتقنين، بل والسوابق القضائية أيضًا.

ويلزم الالتفات إلى التجارب المختلفة في أصول الفقه - كتجربة الشافعي، والكرخي، والبزدوي، والسرخسي، والغزالي، والآمدي، والشاطبي، والطوفي، ومحمد عبده، وعبد الوهاب خلاف - من منظور تطوريٍّ، لإعطاء كلٍّ من هذه التجارب حقها الخاص من التحليل بإدراك الفوارق بينها وبين غيرها، مما يؤسِّس للتجديد في أصول الفقه.

ويعطِّل إدراك الفوارق بين هذه التجارب منهجية التناول السائدة في النظر إلى علم أصول الفقه على أنه علمٌ نشأ في القرن الأول، ودُوِّنت مباحثه في القرن الثاني، ولم يبقَ للأجيال التالية إلَّا الترتيب، وسَوق الأدلَّة، والانصراف إلى الجدال لإفحام الخصوم، والانتصار لآراء أئمَّة المذاهب السائدة. وهذا النظر الذي يغفل خصوصية هذه التجارب وتطوُّرها واختلافها عن غيرها هو المسؤول عن شيوع منهجية الوصف والسرد والتقسيم والتعريف في كل الأدبيات الحديثة الخاصَّة بأصول الفقه، مع تضحية شبه كاملة بأدوات التحليل والنقد المنهجي الذي يربط التجربة الأصولية بسياقاتها الاجتماعية، بل وأصولها الشرعية أحيانًا، وسيؤدي النظر التاريخي دورًا أكبر مما نظن في الوصول إلى هذا الهدف.

(٨) الهدف من هذا البحث:

يتمثَّل الهدف الأبرز لهذا البحث في البرهنة على أن علم أصول الفقه - شأنه شأن غيره من العلوم - قد خضع للتطوُّر والنمو، وتفاعل في المباحث التي ضمَّها مع التطوُّر المعرفي والمنطقي والكلامي واللغوي والفقهي الذي عاشته الأمَّة الإسلامية.

ويشير هذا إلى خطأ التصوُّر السائد لأصول الفقه على أن خطوطه العامَّة في الأحكام والأدلَّة وقواعد الاستنباط والاجتهاد لم تشهد أيَّ تغييرٍ منذ وعاها الصحابة والتابعون في أذهانهم، كي يحدِّد فقهاء القرن الثاني الهجري بعض مفاهيم هذا العلم ومصطلحاته، ليوطِّد الشافعي في نهاية القرن الثاني الهجري أُسس هذا العلم الذي دار من أتوا بعده في فلك المدرسة التي وطَّد أركانها.

ويتجه هذا النظر السائد - حتى في العصر الحديث - إلى التقليل من قيمة الإضافات التي حقَّقتها الأجيال التالية، وإلى افتراض قدرة صيغة أصول الفقه الثابتة على الوفاء بما كان وبما يكون من حاجات المجتمعات الإسلامية، مهما تغيَّرت الظروف والأحوال.

وعلى الباحث في أصول النظام القانوني الإسلامي أن يمدَّ بصره إلى اكتشاف آليات تحديد الأحكام الشرعية الواجبة التطبيق في العمل القضائي والتشريعي الموازي للنظر الفقهي في الأعم الأغلب، وإن كان من الوارد أن يختلف العمل عن النظر قليلًا أو كثيرًا، لاعتبارات المصلحة والعدالة، طبقًا لما تفيده الدراسات المتعلِّقة بالتشريعات التي أصدرتها الدول الإسلامية المتعاقبة، وكذا تلك المتعلِّقة بأحكام القضاة، مما جرى الاهتمام به في العقود القليلة الأخيرة.

ويتجه البحث في أصول هذا النظام إلى استيعاب التغيُّرات التشريعية التي طرأت في البلاد العربية والإسلامية مما يتعلَّق بإقصاء التشريعات الإسلامية عن التطبيق والاستمداد من القوانين الغربية نتيجة الاحتلال الأوروبي، دعمًا لسيطرة هذا الاحتلال، وما حدث بعد ذلك من محاولاتٍ - بدت رمزية أحيانًا، وحقيقية أحيانًا أخرى - للعودة للنظام التشريعي الإسلامي؛ بُغية دعم العدالة المهدرة في مجتمعاتنا في كثيرٍ من الأحيان، حتى بعد زوال هذا الاحتلال.

وفي اعتقادي أن على الأصولي المعاصر أن يضطلع كذلك بنقد الفلسفات التشريعية السائدة بالتفصيل اللازم، للكشف عن أوجه قصور هذه الفلسفات.

والافتراض الأعمُّ الذي تبدأ منه هذه الدراسة أن الصياغة المعاصرة لأصول النظام القانوني الإسلامي يجب أن تستمدَّ مشروعية الإقدام عليها من وظيفتها العملية المتمثِّلة في تحقيق المبادئ والمقاصد القرآنية الداعية إلى العدالة في ثمانية وعشرين موضعًا، ومنع الظلم بلفظه ومشتقاته في مئتين وثمانية وثمانين موضعًا، وما إلى ذلك مما أكَّدته السُّنة النبوية وطبَّقه الفقهاء في اجتهاداتهم.

وبعبارة أخرى، يلزم أن تعكس هذه الصياغة الرغبةَ الكامنة لدى الشعوب العربية والإسلامية في تطوير أوضاعنا التشريعية والقانونية مما هي عليه الآن إلى ما ترجوه هذه الشعوب وَفْقَ رؤيتها الخاصَّة للكون والحياة.

ولهذا السبب، ينبغي لهذه الدراسة أن تتناول - ولو بإيجاز، وكلما كان ذلك مناسبًا للمجال - علاقة قواعد الفقه الإسلامي ونظرياته بالقوانين القائمة، والمناهج المتداولة في صبغ هذه القوانين بالصبغة الشرعية، والدور العملي الذي يمكن أن تؤديه بعض القواعد الأصولية في الارتقاء بفلسفتنا الحقوقية، سواء تلك القواعد التي جرى تهميشها في الماضي، أو النظر إليها في إطار الاختلافات المذهبية، مما أدى إلى تقليل أهميتها وضعف إدراك آثارها العملية، كالاستحسان أو العرف.

وسيلزم الاهتمام كذلك بإبراز العلاقة بين النهج الفقهي والمفاهيم الأصولية، خلافًا لما هو متَّبع في التناول الأصولي التقليدي الذي يفرد هذه المفاهيم بالنظر إليها في ذاتها، مما يؤدي أحيانًا إلى الغموض في إدراك الوظيفة الفقهية للمفهوم الأصولي.

مثال ذلك أن الدليل الأول - وهو القرآن - مما يتناول في العادة بالنظر إلى عددٍ من المسائل والإشكالات التي لا تُعين الفقيه على القيام بوظيفته الأساسية في تحديد الأحكام واستنباطها. فالآمدي - على سبيل المثال - يقصر نظره عند تناوله هذا الدليل على مسائل معينة، تدور حول تعريف القرآن، واشتراط التواتر لحجيته، والاحتجاج لعدِّ البسملة آيةً من آياته، واشتماله على المحكم والمتشابه، والألفاظ المجازية وغير العربية، دون ما لا معنى له في نفسه، وينتصر الآمدي في أكثر هذا الذي تناوله لرأي إمامه الشافعي، مما قد

يوضِّح الدافع إلى تناول هذه المسائل بعينها تناولًا لا يهدف من ورائه إلا إلى الانتصار لمذهبه[٤].

ولا يبعد المحدثون عن هذا النهج؛ فالدكتور وهبة الزحيلي في كتابه «**أصول الفقه الإسلامي**»[٥]، يضيف إلى هذه المسائل ذاتها موضوع ترجمة القرآن وإعجازه، مما لا يوضِّح الأنساق التشريعية للقرآن الكريم كذلك.

ولا ينبئ اختيار المسائل موضوع النقاش على هذا النحو عن وعي دقيقٍ بوظيفة مفاهيم أصول الفقه في تيسير الوصول إلى الحكم الشرعي، أو في إدراك أهمية التشريعات القرآنية.

ولهذا سيتعيَّن أن نعيد رصد المسائل التي تناولها الأصوليون في مؤلفاتهم المعهودة من وجهة نظرٍ نقديَّة؛ لتحديد ما له صلة منها بالفقه، أو المنهج المعرفي، أو الكلامي، أو اللغوي، والدوافع المفسرة للتوارد على حشدها في هذه المؤلفات، وسنكتشف أن بعض هذه الدوافع مذهبيةٌ ترمي إلى الحفاظ على النهج السائد في المذاهب الفقهية، وأن البعض الآخر يتصل بالاتجاهات الكلامية، أو الثقافية، أو المعرفية السائدة، مما تدلُّ عليه مقدمة «المستصفى» المنطقية التي يفصح فيها صاحبها عن معتقده بأن: «من لا يحيط بها فلا ثقة بعلومه أصلًا»[٦].

وسأضطر في حدود ما أردته هنا أن أضيف مبحثًا خاصًا لمناقشة أهم الإسهامات المستحدثة في العصر الحديث في مجال أصول الفقه، وستكون كتابات الدكتور وائل حلاق ذات فائدةٍ خاصَّة في إنجاز الهدف من هذا المبحث، وإن لم يتفق المنهج أو النتائج التي توصَّل إليها مع منظور هذا البحث؛ فرغم تحديده هدفه في تفكيك المشروع الاستشراقي في دراسة أصول

---

(٤) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، تحقيق: الدكتور سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ)، (١/ ١٤٧-١٥٥).

(٥) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م)، (١/ ٤٢٠-٤٢٩).

(٦) المستصفى لأبي حامد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ)، (١/ ٣٢).

الفقه، فإنه بتأييده مشروع محمد شحرور، ومشروعي محمد سعيد العشماوي وفضل الرحمن بدرجةٍ أقلَّ، قد استعاد بناء ما أراد هدمَه. ومع هذا، فإن الفصل الذي عقده عن تحديات الحداثة يبقى ذا فائدةٍ منهجية بالغة.

أما ما أردت التأكيد عليه، فهو السعي في المقام الأول إلى إقامة منهجٍ أصوليٍّ يستطيع التفاعل مع المستجدات التشريعية القائمة، ولا يخرج أيضًا عن المسلَّمات الأصولية الإيجابية والعامَّة التي شكَّلت عصبَ الفلسفة التشريعية الإسلامية على مَرِّ العصور.

إن لأصول الفقه - فوق وظيفته التاريخية المتمثِّلة في تفسير التراث الفقهي وفهمِ منهجه - وظيفةً عمليةً تتمثَّل في تشكيله منهج النظر إلى الصياغات والتطبيقاتِ التشريعية القائمة، والعمل على وصلِ الحاضر بكامل الذاكرة التشريعية السابقة، لاستنبات منهجٍ تشريعيٍّ يُحيي آمال الأمَّة في استعادة خصوبتها التشريعية الكامنة، وإرهاف إحساسها بالعدالة، وتأثيرها وقدرتها على التفاعل الإيجابي والمثمر مع الأنظمة القانونية العالمية.

ولا يمكن لهذه الدراسة وحدها أن تضطلع بهذه المسؤولية البالغة التنوُّع، ويكفيها في الواقع أن تجهر بالنداء إلى وجوب حملها، ولفت النظر إلى أهميتها، بعد أن بلغت الأمور في بلادنا العربية والإسلامية في ميادين تصريف العدالة وإدارتها، بل وتعليمها، ما بلغت من سوء؛ مما يرجع سببه - ولو جزئيًا - إلى غياب الإطار المنطقي العلمي الواضح الذي يستوعب جوانبها، وييسِّر ذلك بالتأكيد التقدُّم الذي حقَّقته الدراسات الفقهية الحديثة في مجالات التنظير والتقنين والمقارنة مع النُّظُم العالمية الحديثة، فضلًا عن التحرُّر من التعصُّب المذهبي، والارتقاء إلى الإفادة من المذاهب الفقهية جميعها باعتبارها تفسيراتٍ متنوِّعة للنص الشرعي.

وتجدر الإشارة كذلك إلى فضل هذه الدراسات والترجمات الحديثة التي عُنيت بتشريعات الدولة العثمانية وأحكام محاكمها، مما استوجب البناء عليها، والإفادة منها في الارتقاء بأصول الفقه إلى مستوى أصول النظام القانوني بكامله.

وأودُّ أن أطرح في هذه المقدمة المنهجية أيضًا إمكان أن تضمَّ المباحث الأصولية أساليبَ المراجعة الفقهية لهذه القوانين المعمول بها في المنطقة العربية؛ بُغية استبعاد ما يتعارض منها مع النصوص الشرعية أولًا، وإدراج ما لا يتعارض منها مع النصوص ضمن التفسيرات الشرعية المعتبرة لقبول ما يحقِّق العدالة أولًا، والمصلحة ثانيًا من هذه القوانين جميعها، وطرح ما لا يحقِّقهما معًا.

إن المرجعية في أصول النظام القانوني الإسلامي للمبادئ التي وعاها القرآن الكريم والسُّنة النبوية التي طبقت هذه المبادئ، وأعلاها العدالة والمصلحة التي تستند إلى العدالة أيضًا، طبقًا لما تفيده النظرية الأصولية عند متأخري المحققين من الفقهاء كالشاطبي وابن القيم. أما التفسيرات الفقهية المتنوِّعة فيجري الترجيح بينها، والأخذ منها وفقًا للعدالة والمصلحة الاجتماعية الثابتة.

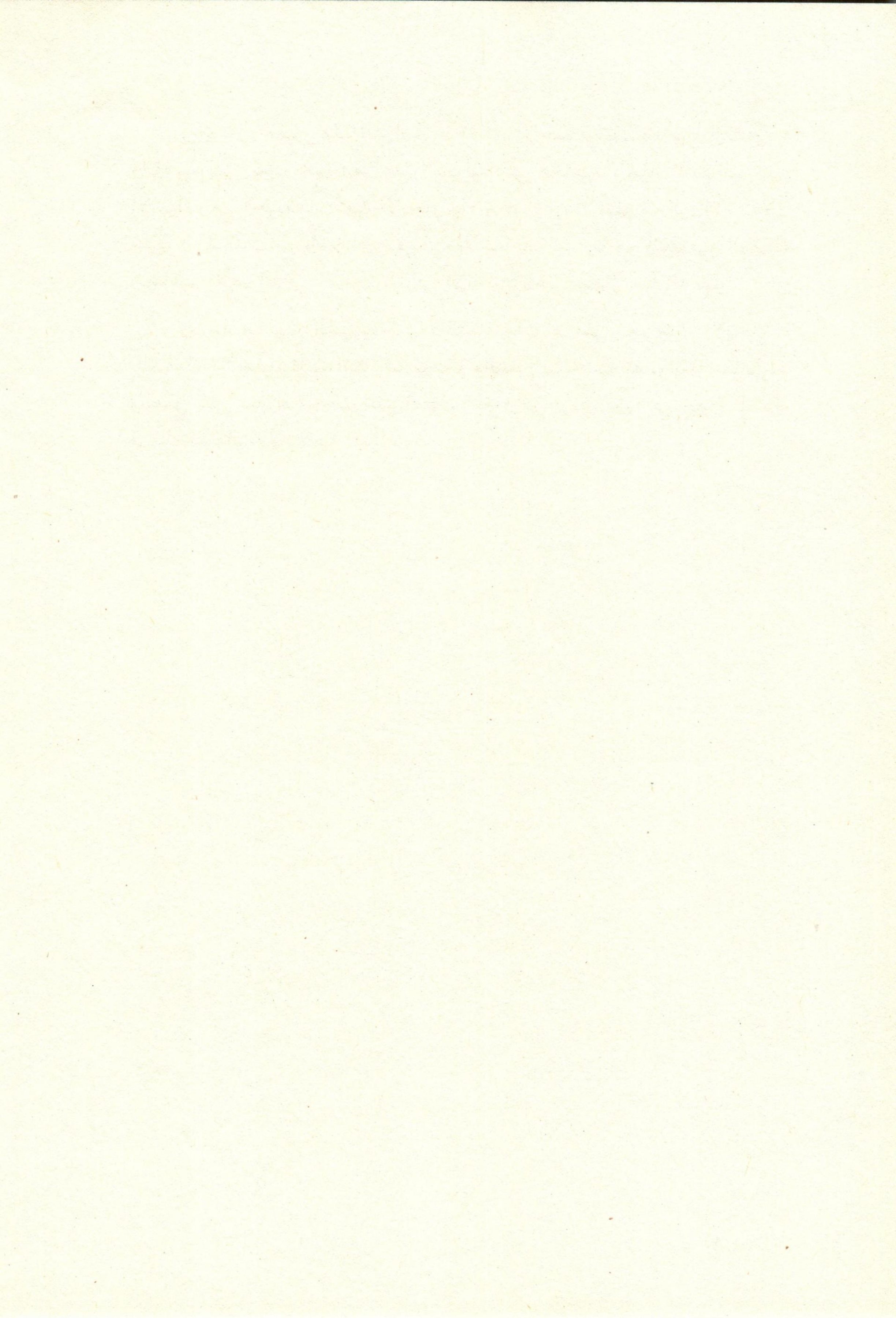
إن الأمر جدٌّ لا هزل فيه، وعلى من يتصدَّى للبحث في أصول هذا النظام أن يعي وظيفته العملية الراهنة، والأهداف المنوطة به في ظروف التطورات التشريعية المعاصرة، وحالة التفكير الفقهي، بل والقانوني والتشريعي القائمة، والتطلعات التي تسعى إليها الأمَّة في التنظيم والضبط، وسيادة القانون واستقلال القضاء، والحرية والمساواة، وفي الخروج من الأحوال البائسة التي تمرُّ بها إدارة العدالة في مجتمعاتنا.

ولا سبيل لهذا كلِّه إلا بمنهجٍ تشريعيٍّ منضبطٍ يؤسِّسه - دون أدنى رغبة في المبالغة - علم أصول النظام القانوني الإسلامي، بما يحتويه من طرقٍ منهجيَّة رصينة صالحة لتحقيق مصالح الأمَّة في التطوُّر السياسي والاجتماعي والنهضة والتقدُّم، وفي بناء وحدتها التشريعية والقانونية اللازمة لتحقيق نوعٍ من الوحدة السياسية.

إن هذا العلم ليس علمًا نظريًّا هامشيًّا، يكفي ترديد مقولاته المنقولة من علم الكلام أو غيره، وإنما هو علم عمليٌّ تُعبِّد آلياته وأدواته المنهجية الطرقَ الميسرة، والمسالك الممهدة لتحقيق المصالح المتنوِّعة للأمَّة في السياسة والاقتصاد والاجتماع، ولن تستغرق هذه الدراسة في أيِّ بحثٍ نظريٍّ لا فائدة منه في إعادة اكتشاف هذه الطرق والمسالك.

وبإيجاز، فعلى هذه الدراسة أن تعمِّق الإحساس بالمضامين التشريعية والفقهية التي تعبِّر عنها القواعد الأصولية التي عكفت الأجيال المتتالية على الإسراف في تجريدها؛ بُغية الإيجاز والاختصار، والانصراف إلى الاستدلال عليها، والجدال مع المخالفين فيها. وقد تساعد المقارنة مع المفاهيم المقابلة للمفاهيم الأصولية في القانون العرفي الإنجليزي على إنجاز هذا التعميق.

ويتسم المنهج الذي يمكن الاعتماد عليه - على نحوٍ بالغِ الإيجاز - بالشمول والتحليل للسياقات التاريخية، والنظر للسياقات القانونية المعاصرة، والعمل على تجديد مباحث علم أصول الفقه؛ كي يؤدي دوره في خدمة العدالة في المجتمعات الإسلامية المعاصرة.



الفصل الثاني

تاريخ أصول الفقه وأهمُّ المؤلفات فيه

(١) تعريف أصول الفقه:

على الرغم من تأسيس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) علم أصول الفقه وجدَّة عمله، فإنه لم يتجه إلى محاولة تعريف ما يتألَّف منه هذا العلم الذي يقوم بتأسيسه، فهو يعرِّف الإجماع - على سبيل المثال - مما يقطع بإدراكه لآلية التعريف، غير أنه لم يستشعر الحاجة إلى إقامة هذا التعريف لما استحدثه من مفاهيم أخرى في هذه الفترة الباكرة من تطوُّر هذا العلم.

ولم يجد الشاشي الحنفي هو الآخر ضرورةً لتقديم تعريفٍ منطقيٍّ لهذا العلم على النحو المتداول فيما بعد، ليعرِّف أصول الفقه تعريفًا يقوم على عدِّ الأدلَّة الأربعة المعتمدة عند الشافعي، وذلك في أول كتابه ببيان أن «أصول الفقه أربعة: كتاب الله تعالى، وسُنَّة رسوله، وإجماع الأمَّة، والقياس»[١].

ولا يخرج البزدوي الحنفي كثيرًا عن هذا المعنى؛ إذ يعمد إلى تعريف الأصول بقوله: «اعلم أن أصول الشرع ثلاثة: الكتاب، والسُّنة، والإجماع، والأصل الرابع القياس بالمعنى المستنبط من هذه الأصول»[٢].

ويتبنَّى الكرخي منهجًا مختلفًا في صياغته أصول أئمَّة المذهب الحنفي،

---

(١) أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ص١٣.

(٢) أصول البزدوي، ص٥.

مما هو أقرب إلى القواعد الفقهية والأصولية التي عليها مدار هذا المذهب. ولا يبدو أن الجصاص (ت: ٣٧٠هـ)، قد شغل نفسه بإيراد أي تعريفٍ لأصول الفقه[٣]، وهو الحال نفسه لدى السرخسي أيضًا.

وتشترك هذه المؤلفات مع رسالة الشافعي في إطلاق اسم أصول الفقه علمًا على هذا العلم الذي يتناول الأدلَّة الشرعية الأصلية والقواعد اللغوية المتعلِّقة بدلالات الألفاظ، وإن اختلفت عنها في تخلِّيها - عند عرض موضوعاتها - عن أسلوب الحوار المتبع في بعض النماذج الشهيرة في الفلسفة الإغريقية، والذي كان قد أضفى على «الرسالة» هذه الجاذبية البلاغية التي تتحلَّى بها.

وقد نَعِمَ بعض هذه المؤلفات، مثل فصول الجصاص وأصول السرخسي، بدلًا من ذلك بالصرامة العلمية، واستقصاء التفصيلات، والإحكام المنطقي للتصنيف والتقسيم للمفاهيم العامَّة المتعلِّقة بكلٍّ من الأدلَّة الأربعة وصيغ الألفاظ ومعانيها اللازمة في استنباط الأحكام من هذه الأدلَّة.

ويتطور الاعتراف بالمنطق اليوناني في بيئات التفكير الأصولي في منتصف القرن الخامس الهجري، لنجد البدء في محاولاتٍ ناضجة لتعريف أصول الفقه على أساسٍ من صناعة الحدِّ المنطقيَّة. فهذا إمام الحرمين الجويني (ت: ٤٧٨هـ) يصدِّر برهانه بتلك العبارة الشهيرة التي يصدِّر بها كثير من الكاتبين القدامى والمحدثين مؤلفاتهم، فيقول: «حقٌّ على كل من يحاول الخوضَ في فنٍّ من فنون العلوم أن يحيط بالمقصود منه... وبحقيقته وحَدِّه... على صناعة الحدِّ، وإن عسر فعليه أن يحاول الدَّرَك بمسلك التقسيم، والغرضُ من ذلك أن يكون الإقدام على تعلُّمه مع حظٍّ من العلم الجُمليِّ بالعلم الذي يحاول الخوضَ فيه»[٤]، وينتقل الجويني من هذا إلى تعريف أصول الفقه: بـ«الأدلَّة السمعية، وأقسامها: نصُّ الكتاب، ونصُّ السُّنة المتواترة، والإجماع، ومستندُ جميعها

---

(٣) انظر: الفصول في الأصول للجصاص، تحقيق: الدكتور عجيل جاسم النشمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة الكويت، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م)، (١/ ٤٠).

(٤) البرهان للجويني، تحقيق: الدكتور عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الرابعة (١٤١٨هـ)، (١/ ٧٧).

قول الله تعالى»[٥]. وينبغي أن يُفهَم مغزى العنوان الذي اختاره لكتابه - وهو «البرهان» - على ضوء مركزية الدليل في مباحث أصول الفقه، مع بدء شيوع التفريق لدى الفلاسفة المسلمين بين أنواع الأدلَّة المختلفة وتقسيمها إلى الأدلة البرهانية والجدلية والخطابية، واعتبار البرهان أعلاها.

ويعرِّف الغزالي أصول الفقه تعريفًا أشملَ مما سبقه بالالتفات إلى معنى الفقه لغةً، وهو أنه عبارة عن الفهم والنفاذ لبواطن الأمور؛ ولكن «صار بعُرف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلَّفين خاصَّة». وذلك كالعلم بأن السرقة حرام، والصلاة واجبة، وصوم رمضان واجب، وهكذا. أما أصول الفقه عنده فهو العلم بطرق ثبوت الأصول الثلاثة: الكتاب، والسُّنة، والإجماع، وشروط صحتها ووجوه دلالتها على الأحكام[٦].

وقد استقرَّ بعد ذلك النظر إلى أصول الفقه باعتباره العلم الذي يضمُّ القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية؛ وإنما ذلك لأن الأصول هي الأدلَّة السمعية التي تحدِّد المبادئ والأسس الشرعية التي يستند إليها تحقُّق الفقه، وجهات دلالتها على الأحكام.

إن الفقه هو العلمُ بالأحكام الشرعية العملية، وأصوله هي الأدلَّة الشرعية، وجهات دلالتها على هذه الأحكام.

(٢) موضوعات أصول الفقه:

يشمل أصول الفقه فيما استقرَّ عليه الموضوعات التالية:

(أ) **القواعد الأصولية المتعلِّقة بالأحكام الشرعية**، وهي: تكليفيَّة كالوجوب والحرمة، أو وضعيَّة كالفساد والبطلان والصحَّة، بل واستحقاق الأجزية المختلفة المترتبة على الأفعال الإنسانية مما ينبغي أن يدرج ضمن الأحكام الشرعية على ما سيأتي توضيحه.

---

(٥) البرهان للجويني، (١/ ٨٥).

(٦) المستصفى (١/ ٥).

(ب) القواعد الأصولية المتعلِّقة بالأدلَّة الشرعية والمصادر التي تؤخذ منها الأحكام وتدلُّ عليها: كالإجماع، والقياس، وخبر الواحد، والمتواتر، والعرف، والمصالح، والاستحسان، وما إلى ذلك.

(ج) القواعد الأصولية اللغوية المتعلِّقة بأوجه استنباط الأحكام الشرعية: وذلك كدلالة اللفظ العام على أفراده، والمشترك اللفظي، وكدلالة صيغة افعل (الأمر) للوجوب، أو الندب، والإرشاد. وإنما يتناول الأصولي هذه القواعد بقدر ما يكفيه في فهم دلالة النصوص الشرعية على الأحكام التي تستنبط منها.

(د) القواعد الأصولية المتعلِّقة بالمجتهد وكيفية قيامه بعمله في استنباط الأحكام الشرعية، وما يتعلَّق بهذه القواعد من تقليدٍ وتخيُّر.

وبهذا، فإن وظيفة الأصولي مختلفةٌ عن وظيفة الفقيه؛ إذ إن على الفقيه معرفة الحكم الشرعي في الفروع العملية، والمشاكل الفردية، والعلاقات الاجتماعية التي يواجهها الناس، على حين تنحصر وظيفة الأصولي في تقديم القواعد اللازمة لاستنباط هذه الأحكام، واختبارها وبحث تطورها، وما يلزم أن يتبعه المشرع والمفتي والقاضي والمشتغلون بتطبيق النظام القانوني الإسلامي في العصر الحاضر وفيما سبقه بوجه العموم.

وبهذا، فإن علم أصول الفقه علمٌ لا يتعلَّق على نحوٍ مباشرٍ بالحياة العملية والمشكلات الواقعية التي يتصدى لها الفقيه. ومع ذلك، فإن عمل الفقيه وقدرته على قيامه بوظيفته مرهونان بتقدُّم الأصولي في صياغته لقواعد استنباط الأحكام الشرعية، ويشبه الأمر في ذلك علمي الحساب أو الهندسة اللذين تتسم مباحثهما بالتجريد والعموم والبُعْدِ عن الواقع العملي على الرغم من أن التقدُّم في مجالاتٍ عملية كثيرة - كأبحاث الفضاء والتشييد والبناء - مرهونٌ بما يحرزه هذان العلمان من نتائج يستعين بها المهندسون والمقاولون وأصحاب المسؤوليات العملية.

وينبغي أن نلفت النظر من الآن إلى أن المشكلة الأساسية للتطوُّر الذي انتهى إليه علم أصول الفقه إنما تتمثَّل في الإيغال في التفكير النظري، مما أفقده وضوح صلته بالواقع الفقهي إلَّا من هذه الأمثلة المكرَّرة التي ترد لتوضيح قواعده النظرية.

ولهذا، فعلى الباحثين في أصول الفقه أن يبذلوا جهدًا مناسبًا لتحديد أهدافهم التي يرجونها، وأن يختبروا الروابط الواقعية والعملية التي تصل هذا العلم بالواقع التشريعي والقانوني المعاصر؛ وعلى أصول الفقه - إن أردنا التوضيح - أن يتسع لبحث فنيَّات التقنين من وجهة الفقه الإسلامي، وأن تشتمل مباحث الأحكام الوضعية على سائر الأجزية العملية المترتبة على الموافقة أو المخالفة للضبط الفقهي، وإن تردَّد الأصوليون في إدراج بعض هذه الأجزية ضمن هذه الأحكام، كالصحَّة والبطلان والوقف والنفاذ، ويلزم تجنُّب هذا التردُّد في ضمِّ هذه الأحكام في السياق الأصولي، بل والتقدُّم لضمِّ غيرها إليها، كالوقف والعقاب والحكم بالضمان، بحكم تقديم هذه الأجزية الآليات والأدوات العملية لتطبيق الأحكام التكليفية وإقامة العدالة في العلاقات والأنشطة الإنسانية.

وإنما يستند علم أصول الفقه في صياغته المتداولة إلى عددٍ من المصادر التي يستمدُّ منها مباحثه، وهذه المصادر هي: علم المنطق، وعلم الكلام، واللغة؛ وإلى العلم بالأحكام الشرعية أو الفقه.

وقد ذكر كلٌّ من الجويني والآمدي استمداد أصول الفقه من علم الكلام والعربية والأحكام الشرعية[7]. ويدلُّ ذلك الترابط على أن حالة التقدُّم في علم أصول الفقه مرهونةٌ بدرجة التقدُّم في هذه العلوم الأخرى التي تتعلَّق مباحثها بمباحثه.

(٣) الهدف من هذا العلم:

يهدف أصول الفقه بالدرجة الأولى إلى المعاونة على استنباط الحكم الشرعي، وتحديد الأسس التي يقوم عليها، وإكسابه الحجيَّة اللازمة لتلقيه بالقبول، واعتماد رجحانه أو الحكم بتضعيفه عند الخلاف فيه. وبهذا فإن أصول الفقه يقدِّم أداةَ الفقيه والمنهج الذي يعتمد عليه في إقامة بنية الفكر الفقهي وصياغة الأُسس والمبادئ التي تشكِّل هذه البنية.

---

(٧) البرهان للجويني (١/ ٨٤)، والإحكام للآمدي (١/ ٢٥).

وإذا ما تمَّ حصر أصول الفقه في إطاره الصحيح الذي نشأ واستمرَّ فيه لعدَّة عقود، وهو الفقه، لأمكن تجديد الأصول والفقه على السواء، فضلًا عن إمكان إجراء المقارنة بينه وبين أمثاله في النُّظُم القانونية المعاصرة. ويبدو من هذا أن السؤال عن الهدف من هذا العلم سؤال جوهريٌّ يتعيَّن تقليب النظر فيه والإجابة عنه.

غير أن نشأة هذا العلم ونموَّه في إطار ثقافيٍّ وفكريٍّ معيَّن قد أخذ هذا العلم إلى مسارب فلسفية وكلامية ولغوية، مما يتعيَّن معه الرجوع بهذا العلم إلى آفاقه الفقهية الخاصَّة والخالصة؛ ولهذا يجد الزركشي (ت: ٧٩٤هـ) نفسه مضطرًا إلى الدفاع عن ذاتية أصول الفقه، وأن له مباحثه المستقلة التي ينفرد بها عن غيره من العلوم الأخرى، كالفلسفة والكلام والنحو واللغة، وذلك بالإشارة إلى اشتمال هذا العلم على مسائل تحتاج إلى استقراء الأصل بنظرٍ زائدٍ على نظر غيره: «مثاله: دلالة صيغة افعل على الوجوب، ولا تفعل على التحريم، وكون كل وأخواتها للعموم».

غير أن هذا الدفاع لا ينفي اشتمال علم أصول الفقه على مسائل لا تحقِّق الهدف منه، وهو خدمة التفكير الفقهي على نحو مباشر؛ وإنما تسللت إليه من علومٍ أخرى لتبعده عن وظيفته الأصلية وتعميه عن هدفه، ومن أشهر الأمثلة الدالَّة على توغل علم الكلام في النظر الأصولي مسائل التحسين والتقبيح العقليين، والصفات الذاتية للأفعال، وحكم التكليف بالمعدوم، واجتهاد النبي ﷺ، وما إلى ذلك.

وتنتقل إليه بعض المسائل الفلسفية التي لم يكن لها من طائلٍ في النظر الفقهي سوى التعقيد، من ذلك نظرية الاحتمالات العشرة التي بسطها الرازي في محصوله لتشيع بعد ذلك، وخلاصتها أن دلالات النصوص ظنيَّة لتعرضها لاحتمالات خطأ رواتها في ألفاظ المرويِّ أو إعرابه أو تصريفه، أو وجود ما يخلُّ بالفهم من الاشتراك في اللفظ أو المجاز والنقل والتخصيص بالأشخاص والأزمنة والإضمار والتأخير والتقديم والنسخ والتعارض العقلي. ويتوسَّع الأصوليون في بعض المباحث اللغوية، كمباحث الوضع اللغوي للمعاني والاشتقاق ومعاني الحروف.

ولا يقتصر إلقاء مثل هذه الأعباء على النظر الأصولي في المؤلفات التقليدية وحدها؛ إذ إن هناك محاولاتٍ معاصرةً لنزع أصول الفقه - بوعي أو بغير وعي - من بيئته الحاضنة، وهي الفقه. وسأكتفي بالإشارة إلى محاولة مصطفى عبد الرازق في كتابه «التمهيد» إلحاق أصول الفقه بالفلسفة، باعتباره المنهج الحقيقي للفكر والحضارة الإسلامية، وتنزع هذه الإشادة الزائفة أصول الفقه من بيئته التي وفرت له وجوده وأمدَّته بالحياة، وتدفعه إلى بيئة لا عهد له بها لمجرَّد اشتمال مباحثه على بعض ركائز نظرية المعرفة.

ومن المناسب أن أذكر هنا أن مستصفى الغزالي يشتمل في مقدمته المنطقية على بيان النظرية العامَّة للمعرفة، على حين يتلوها بالمباحث الأصولية التي تشكِّل نظرية المعرفة الخاصَّة بالفقه. ويقترح باحث آخر التوسُّع في توليد مناهج العلوم الاجتماعية من منهج أصول الفقه[٨]. وينبغي التسليم بأن وظيفة أصول الفقه هي ضبطُ المعايير اللازمة لاستثمار الأحكام الشرعية من أدلتها المعتمدة مما هو موضوع التفكير الفقهي.

لقد هدف أصول الفقه في الماضي إلى المحافظة على مقررات المذاهب الفقهية؛ نظرًا لنشأته ونموِّه في رحاب هذه المذاهب، وعليه بعد التحرُّر النسبيِّ من التعصُّب المذهبيِّ أن يستبدل بذلك هدفًا أسمى، وهو الحفاظ على العدالة التي توجبها الأدلة النصيَّة والقطعيَّة على وجه القطع واليقين.

وبهذا، فإن حاجة طالب الفقه الإسلامي ومن يتصدَّى للإفتاء إلى هذا العلم مماثلةٌ لحاجة طلَّاب الحقوق والمحامين والقضاة وسائر المشتغلين بالمهن القانونية في العصر الحديث، وبخاصةٍ «عندما يوكل إليهم أمر تطبيق القوانين التي تتضمَّن نصوصًا آمرة، وأخرى ناهية، وفيها العام والخاص، والمطلق والمقيد، وواضح الدلالة وخفيها، وفيها السابق واللاحق ولا تخلو من وقوع التعارض بينها، كما تختلف كيفيات دلالتها على معانيها؛ فلها منطوق ومفهوم، منه الموافق والمخالف... ولن يستطيع ذلك إلَّا إذا كان ملمًّا بقواعد

(٨) علي جمعة، علم أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة (١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، ص٩ وما بعدها.

الدلالات، وضوابط التعارض وطرق الترجيح، ومعرفة المنطوق والمفهوم، ومكانة كلٍّ منهما في العمل، ومتى يلجأ إلى القياس، وكيف يقيس إلى غير ذلك»، مما بيَّنه الأستاذ الجليل مصطفى شلبي[٩]. وبهذا، فإن أصول الفقه يقدِّم المنهجَ المعتمد في تفسير النصوص القانونية.

ولعلَّ الذي أتطلَّع إليه أكبر من كل ذلك، وهو أن يقدِّم أصول الفقه لنا الإطار المنهجيَّ السليم للصياغة التشريعية المعاصرة التي تعتمد على كلٍّ من المخزون الفقهي للأمَّة، وذاكرتها القانونية من جهة، وعلى احتياجاتها المعاصرة في السعي إلى تحقيق العدالة من جهة أخرى، مع الإفادة من الاتجاهات القانونية الحديثة وَفْقَ هذا المنهج الذي يقدِّمه هذا العلم. وبهذا يتجه أصول الفقه الذي أسهم في إقامة النظام القانوني الإسلامي في الماضي إلى العمل في الواقع الحالي كي يضبطه، ويبعده عن هذه العشوائية التشريعية التي نسرف في الانحدار إليها يومًا بعد يوم، ومن أوضح الأمثلة على ذلك: التشريع الصادر مؤخرًا والقاضي بحقِّ المحكمة في تجاهل الشهود وعدم استدعائهم. وهذا الفراغ المنهجي العام الذي يمكن أن يملأه «أصول الفقه» أو «أصول النظام القانوني الإسلامي»، هو المسؤول عن إصدار مثل هذا التشريع الذي يتناقض مع المصلحة ويجافي مقصود التشريع في تحقيق العدالة.

(٤) نشأة علم أصول الفقه:

آذن الأمر القرآني بطاعة الله ورسوله وأولي الأمر بإقامة نظام تشريعيٍّ عماده القرآن والسُّنة واجتهاد أولي الأمر الذين يمثِّلون الأمَّة، وإنمَّا استحقَّ القرآن الكريم هيمنته التشريعية بفضل عموم مبادئه التشريعية واشتمالها على ما يمكن أن يُستخلص منها ما يحتاجه المجتمع المسلم لضبط علاقات أفراده على قواعد العدالة والأخوة والعناية بالضعفاء وذوي الحاجة.

ويوحي بهذا الشمول تشريعه الزكاة التي أرست مفهوم العدالة الاجتماعية

---

(٩) مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الخامسة (بدون تاريخ)، ص٢٥.

للمرة الأولى في التاريخ الإنساني، وإقامته قواعد العدالة والقسط في العلاقة مع غير المسلمين، وحق المرأة في الملكيَّة والميراث واختيار الزوج، وإنظار المعسر، وحرية التعاقد المؤسس على إلزام المتعاقدين بما ارتضوه، والحفاظ على الحياة مع التفريق بين العمد والخطأ في إزهاق النفس الإنسانية، وتحريم التعدي على المال والعرض.

وقد أعطت السُّنة النبوية تفصيلاتٍ عديدةً أضفت المزيد من الحيوية من الوجهة العملية على هذه المبادئ الضخمة عند تطبيقها في الواقع بعد إقامة دولة المدينة التي اتسعت على نحوٍ مفاجئ في الأعوام الثلاثة الأخيرة من حياة الرسول الكريم كي تضمَّ الجزيرة العربية بكاملها.

وقد أدرك الخليفة الأول الذي انتخبه المسلمون للحفاظ على الحقوق التي اكتسبوها أن قوةَ دولته التي استمرت في التوسُّع لتضم مجتمعاتٍ جديدة هي في هذا النظام التشريعي الذي أوجده القرآن، والذي يعتمد المساواة بين الأقوياء والضعفاء، طبقًا لما صرَّح به هذا الخليفة في خطبة توليته، ويفسِّر هذا عدم قدرته على التسامح مع هؤلاء الذين قصدوا منعه الزكاة.

وقد نجح أولو الأمر في المجتمع الإسلامي - فترة أبي بكر وعمر وعثمان - في التوافق على المبادئ القانونية الواجبة الاتباع لاختيار خليفة رسول الله؛ لكنهم لم ينجحوا بالمقابل في تحديد مبادئ مماثلة لعزله، فتمَّ الاحتكام إلى السيف في عزل الخليفة الثالث، وهو الأسلوب الذي كانت أشارت إليه خطبة تولية أبي بكر، مما أدى إلى اضطرابٍ كبير. ويشير هذا إلى مدى ما يترتب من فشلٍ نتيجة الإخفاق في تحديد القاعدة القانونية اللازمة لضبط الحياة السياسية أو الاجتماعية.

ومع ذلك، فقد دان النجاح للمسلمين في جهدهم التشريعي في أحيانٍ كثيرة، مما يدلُّ عليه فرض العديد من التشريعات المالية والجنائية والخاصَّة اللازمة لضبط العلاقات وتصريف شؤون الدولة زمن هؤلاء الخلفاء. وتكفي الإشارة إلى فرض عمر الخراج وتعديله الواجب في حقِّ نصارى بني تغلب والمعاهدات التي وقَّعها لفهم الحيوية التشريعية التي تحقَّقت في هذه الفترة.

وقد كان لزامًا أن يبذل القضاة والولاة كذلك جهدًا مضاعفًا لإقرار

العدالة في ظروف التوسُّع المستمر للدولة في هذه الأثناء. وعاون هذين الفريقين عددٌ محدودٌ من فقهاء الصحابة الذين رأوا في أنفسهم القدرةَ على فهم المبادئ القرآنية وتفسيراتها من سنَّة رسول الله ﷺ، وتنزيل هذه المبادئ على الواقع الذي واجههم لضبط علاقاتهم الاجتماعية وسلوكهم وأنماط حياتهم وفق هذه المبادئ. وقد اعتمدوا في ذلك على تفسيرهم للنصوص الشرعية وفق ما هدته إليه فطرتهم وحسُّهم الاجتماعي واللغوي وإدراكهم لمقاصد التشريع دون أن يكون لهم منهج تفصيليٌّ محدَّد يلتزمون بالاستناد إليه.

ولا يعني ذلك عدم وجود إطارٍ عامٍّ منطقيٍّ يرجعون إليه في استنباط الأحكام التشريعية؛ إذ تفيد اجتهادات الصحابة وقضاتهم أنهم كانوا يعرفون المقايسة وعلل الأحكام والمصالح والأعراف، ويلزمون أنفسهم بالرجوع إلى الأدلَّة المعتمدة، ويرتبونها من حيث الدرجة في التقدُّم ويرجحون بينها، ويتحدثون في النَّسْخِ والتخصيص. يدلُّ على ذلك ما يلي:

(أ) قضاء عليٍّ رضي الله عنه بجلد الشارب للخمر ثمانين جلدةً قياسًا على حدِّ القذف المنصوص في القرآن الكريم، ويعلِّل لقياسه هذا بأن الشارب إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، وحدُّ المفتري ثمانين جلدةً.

(ب) حكم أبي بكر رضي الله عنه بقتال مانعي الزكاة، وقال في ذلك ردًّا على من خالفه في حكمه هذا: «والله لأُقَاتِلَنَّ مَنْ فَرَّقَ بين الصلاةِ والزكاة»[١٠]. فهو يقيس إنكار الزكاة على جحد الصلاة في الحكم بقتال الجاحد والمنكر باعتبار كل منهما أصلًا من أصول الدين.

(ج) حكم عمر رضي الله عنه بقتل الجماعة بالواحد استدلالًا بالمصلحة التي شُرع من أجلها القصاص وخشيته أن يؤدي اشتراط المساواة بين القاتل والمقتول في العدد إلى فوات هذه المصلحة، وإلى هذا تشير عبارته التي وجهها إلى مخالفيه في الرأي وقوله لهم: «واللهِ لو تَمَالأَ عليه أهلُ صنعاء لقتلتهم جميعًا»[١١].

---

(١٠) أخرجه البخاري في كتاب: الزكاة، باب: وجوب الزكاة (١٣٣٥).

(١١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب: العقول، باب: ما جاء في الغيلة والسحر (١٥٦١).

(د) اختلف الصحابة في عدَّة الحامل المتوفَّى عنها زوجها، فذهب عبد الله بن مسعود إلى أن عدَّة الحامل وضع الحمل مطلقًا تمسكًا بالعموم الوارد في قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. غير أن جماعةً من الصحابة ذهبوا إلى تقدير عدَّة الحامل بالأبعد من وضع الحمل أو أربعة أشهر إعمالًا لما جاء في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. وكان ابن مسعود مصرًّا على رأيه، ويقول: «من شاء باهلته أن سورة النساء الصغرى نزلت بعد سورة النساء الكبرى»، ويعني بذلك أن سورة الطلاق تأخرت في النزول عن سورة البقرة فتنسخها وتقضي عليها، وتكون عدَّة الحامل المتوفَّى عنها زوجها بهذا الاستدلال أربعة أشهر وعشرة أيام.

(هـ) قضى عمر رضي الله عنه بمنع تنفيذ حدِّ السرقة عام المجاعة لشبهة الاضطرار إلى السرقة.

(و) حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه ببيع ضوال الإبل وحفظ أثمانها لأصحابها، واتخاذ الخليفة الرابع مكانًا خاصًّا لحفظها فيه. وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن التقاط ضوال الإبل، وقال: «ما لك ولها، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى تجد ربها»، وإنما تغيَّر الحكم بتغيُّر وجه المصلحة والحفظ للمال.

وفي عهد التابعين توسَّع الفقهاء في الحديث عن المبادئ الأصولية التي يستندون إليها، وتحدَّدت مناهجهم، وعُرف بعضهم بالتمسُّك بالآثار كما عُرف بعضهم الآخر بالرأي، فهذا إبراهيم النخعي زعيم مدرسة الكوفة في أواخر القرن الأول الهجري يلقَّب بأنه صاحبُ رأي، كما كان يلقَّب الشعبي زميله في المدرسة نفسها بأنه صاحبُ آثار، وكان ربيعة من أنصار الرأي حتى لُقِّب به، وأُلحق باسمه، فكان يطلق عليه ربيعة الرأي، وكان إبراهيم يقول: «ما كل شيء قلناه سمعناه، ولكننا نسمع الشيء فنقيس عليه مائة شيء».

أما في عهد ظهور المذاهب، فقد تحدَّدت المناهج عن ذي قبل، وأصبح لأهل المدينة منهجهم الذي يؤلِّف بينهم ويجمعهم، كما اتخذ أهل الكوفة مذهبًا يميزهم ويدلُّ عليهم. ويكشف التمييز بين هذين المنهجين كتابُ «**الحجج**

المبينة في الرد على أهل المدينة» الذي عبَّر فيه مؤلِّفه محمد بن الحسن الشيباني عن مذهب الكوفيين، واستدلَّ لهذا المذهب استدلالًا أصوليًّا يلتزم فيه بخطَّة محكَمة، ويكشف عن هذا التمييز كذلك كتاب «**الرد على محمد بن الحسن**» المتضمَّن في كتاب «**الأم**» للشافعي[١٢]. وإنما ساعد الجدل بين أتباع هذه المذاهب وممثليها على تبلور الخطوط الفاصلة بين هذه المناهج، وهو ما تكشف عنه رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد إمام مصر ورد الليث على هذه الرسالة.

ويجب التأكيد في هذا كلِّه على ما يأتي:

(أ) اشتمل القرآن الكريم والسُّنة النبوية على عددٍ كبيرٍ من المبادئ والقواعد والمقاصد التي استوعبها الخلفاء والقضاة والولاة في عملهم، مثل وجوب العمل بما في القرآن والسُّنة، ومشروعية الاجتهاد، وقاعدة رفع الحرج والتيسير، واشتراط القدرة للتكليف، ورفع المؤاخذة عن الصبي والمخطئ، وما إلى ذلك.

(ب) مثَّلت قواعد القرآن والسُّنة مركزيةَ النظام التشريعي الذي جاء به الإسلام، والذي أمدَّ الدولة والمجتمع الإسلامي بأفضل عناصر القوة الجامعة لأجزائه، والموحِّدة لأقاليمه؛ ولذا فقد اتفقت المدارس والمذاهب جميعًا على امتداد العصور على إعطاء هذه القواعد مركزًا متقدمًا في التطبيق والنظر.

(ج) انصرف القضاة والولاة والخلفاء إلى الواجبات العملية في التشريع والتطبيق، على حين انصرف الفقهاء أيام الصحابة ثم من بعدهم إلى التنظير، وإحكام الأصول، ومعاودة النظر فيما توصل إليه بعضهم، والتأكيد على أهمية أصلٍ من الأصول دون غيره، كتفضيل السُّنة والانتصار للاستحسان أو القياس أو عمل أهل المدينة.

(د) تمايزت تقاليد المدارس الفقهية الباكرة في الكوفة والبصرة وغيرهما بهذا الجهد التنظيري، وتغليب أهمية أصلٍ على غيره، طبقًا لما تكشف عنه

---

(١٢) الأم للشافعي، دار المعرفة، بيروت، (١٣٩٣هـ)، (٧/ ٣٠٦).

الجدالات والرسائل المتبادلة بين أئمَّة الفقه في القرن الثاني الهجري، ومن أهم ذلك هاتان الرسالتان البليغتان المتبادلتان بين مالك وتلميذه الليث بن سعد، وتعبِّر هاتان الرسالتان - رغم ما قد يحيط بصحَّة بعض ما يشتملان عليه - عن التوتُّر والمعاناة الواضحين في اكتشاف بعض المفاهيم الأصولية والدفاع عنها بالأدب والقوة اللازمين، ويردُّ مالك في رسالته اتهامَه أنه يفتي بأشياء يخالف فيها فقهاء مصر، مما قد يستوجب عليه الخوف على نفسه، بأنه فعل ذلك اتباعًا لأصلٍ له حجيَّته وهو عمل أهل المدينة، مستدلًّا على أصله هذا بربطه بحجيَّة السُّنة النبوية ذاتها، وهو ما يدلُّ بالتأكيد على الرسوخ السابق لحجيَّة السُّنة في المدرستين اللتين يمثلانها[١٣].

(٥) تدوين علم الأصول:

جاء الإمام الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ) في هذه الظروف التي كثر فيها الحديث عن مسائل هذا العلم، والخلاف حولها، دون أن تختصَّ بتدوينٍ معيَّن، وقد اجتمعت الدواعي إلى تدوين مسائل علم أصول الفقه بعد أن كان التدوين قد استتبَّ في الفقه والحديث والسيرة وغيرها من العلوم الشرعية.

وإذ توجد الحاجة يوجد الرجال، فيستجيب الشافعي لهذا المطلب، ويؤلِّف كتابه «**الرسالة**» الذي وضع فيه لبنات علم أصول الفقه الأساسية على نحوٍ أكثر ترابطًا وشمولًا، ويتفق مسعاه لهذا الهدف مع سعي الفقهاء والقضاة والخلفاء والأمراء وبعض كبار المثقفين في هذه الفترة إلى تطوير مرفق العدالة، استجابةً لحاجة الدولة الأموية والعباسية آنذاك إلى التنظيم وضبط الحياة والعلاقات الاجتماعية، وهو ما يدلُّ عليه - بوضوحٍ بالغٍ - كلٌّ من كتاب «**الخراج**» لأبي يوسف و«**رسالة الصحابة**» لابن المقفع.

وينطلق الشافعي من قاعدة أساسية استخلصها من إشاراتٍ عديدة في القرآن، قوامها أن القرآن لم يترك الإنسان سُدى، وأنه نزل لهداية الناس لما

---

(١٣) تاريخ دمشق لابن عساكر، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، (٥٠/ ٣٥٧-٣٥٨)، (٦٤/ ٢٤٩).

فيه خيرهم، أو مصلحتهم في التعبير الأكثر تداولًا فيما بعد، ويصوغ الشافعي هذه القاعدة صياغةً حاسمةً فيما يذكره من أن كلَّ ما نزل بالمسلم ففيه إلى سبيل الحق والعدل دلالة منصوصة أو معقولة يتوصل إليها بالاجتهاد، وعبارته في هذا أنه: «ليست تنزل بأحدٍ من أهل دين الله نازِلةٌ إلَّا وفي كتاب الله الدليلُ على سبيل الهدى فيها»[١٤].

ولهذا يتناول الشافعي أنواع بيان القرآن والسُّنة، والعلاقة بينهما، مع تقديم الأدلة الكافية والمتداولة فيما يبدو لوجوب العمل بالحديث بالنظر إلى وجوب طاعة الرسول، وأنها من طاعة الله، وأن السُّنة مُبينة للقرآن، وأن الحديث الثابت لازم لمن عرفه لا يسعه أن يقول بخلافه، ويتوقف الشافعي أمام أوجه تفسير السُّنة، فيبيِّن وجوب حمل الحديث على ظاهره إلا أن يدلَّ دليلٌ على إرادة غيره، ووجوب حمله على العموم إلا أن يرد ما يخصِّصه. ويتوقف طويلًا أمام حجيَّة خبر الواحد، مشترطًا في الراوي أن يكون ثقةً صادقًا عاقلًا، وعالمًا بما يحيل معاني الحديث من اللفظ[١٥].

ويفرق الشافعي بين مفهومي الإجماع وإجماع أهل المدينة الذي صاغه مالك وانتصر له، ويشير إلى رأيه - دون أن يذكر اسمه تأدبًا - بأنه: «لا يقول لك الأمر عندنا إلا والأمر مجتمع عليه بالمدينة»[١٦]. وإذ يعدُّ إجماع أهل المدينة من الأخبار، فإنه يحدِّد مفهوم الإجماع تحديدًا مختلفًا يُبعده عن الانحصار في دائرة أهل المدينة، ويرده إلى أن يكون إجماعًا عامًّا يشمل اتفاق سائر علماء الأمصار، وعبارته في هذا: «لستُ أقولُ ولا أحدٌ من أهل العلم: هذا مجتمعٌ عليه، إلا لِما لا تَلْقَى عالمًا أبدًا إلَّا قالَه لك، وحكاهُ عمَّن قبله؛ كالظهر أربع، وكتحريم الخمر وما أشبه هذا»[١٧]. ويشتدُّ هجومه على إجماع

---

(١٤) الرسالة للشافعي، تحقيق: أحمد شاكر، دار مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى (١٣٥٨هـ/ ١٩٤٠م)، ص٢٠. وهو يستدلُّ على ذلك بالآيات: (١) من سورة إبراهيم، و(٤٤-٨٩) من سورة النحل، و(٥٢) من سورة الشورى.

(١٥) نفسه، ص٣٧٠ وما بعدها.

(١٦) نفسه، ص٥٣٣.

(١٧) نفسه، ص٥٣٤.

مالك المحليِّ بالنظر إلى أنه قد يجده: «يقول: المُجْمَعُ عليه، وأجد من أهل المدينة من أهل العلم كثيرًا يقولون بخلافه، وأجد عامَّة أهل البلدان على خلاف ما يقول: المُجْتَمَعُ عليه»[١٨]. وهكذا لم يمنعه أدبه المعهود من تطوير مفهوم الإجماع على هذا النحو.

ويفترق مالك والشافعي في تحديد نموذج العدالة الذي سعى كلاهما إلى إعماله في أرجاء الدولة الإسلامية؛ فهو عند مالك نموذج المدينة الناجح في تجربة الدولة الإسلامية إداريًّا وسياسيًّا، وهو عند الشافعي النص الذي أقام هذا النموذج، والفهم المشترك أو المتفق عليه لهذا النصِّ. ويلزم فهم النفي العام الوارد في قوله: «ولا أحد من أهل العلم» على قصد استثناء أستاذه مالك من جملة القائلين بالإجماع الشامل، لا من جملة أهل العلم.

ويتناول الشافعي الاجتهاد ليحصره في دائرة القياس المرتبط بنصٍّ من القرآن أو السُّنة عن طريق الاشتراك في العلَّة الجامعة بينهما، ولا مجال في مثل هذا الاجتهاد المحكوم بالقياس للرأي غير المستند استنادًا مباشرًا للنصِّ، كما أنه لا مجال فيه أيضًا للاستحسان الذي تشتدُّ عباراته في إبطاله في أكثر من موضعٍ في «**الرسالة**».

ولهذا فهو يسوِّي بين القياس والاجتهاد، يقول: «كلُّ ما نزل بمسلمٍ ففيه حكمٌ لازم، وعلى سبيل الحقِّ فيه دلالةٌ موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكمٌ اتباعُه، وإذا لم يكن فيه بعينه طُلِبَ الدلالةُ على سبيل الحقِّ فيه بالاجتهاد، والاجتهادُ القياسُ»[١٩]. من ذلك إيجاب التصدُّق بالمثل في صيد المحرم، والمثليَّة في هيئة البدن؛ ففي الضبع كبش وفي الغزال عنز، وفي الأرنب عناق، أي عنزة صغيرة لم تتم سَنة، ومنه كذلك أن الله أوجب نفقة الولد على والده، فيقاس عليه إيجاب نفقة من نزل من الفروع وإن سفلوا، كما يقاس عليه نفقة الوالد، وإن علا على الولد، والعلَّة الجامعة بين الأصل والفرع هي وجوب الحفظ، ويقاس على النهي عن المبادلة في الأصناف الربوية من الذهب والتمر

---

(١٨) الرسالة للشافعي، ص٥٣٥.

(١٩) نفسه، ص٤٧٧.

والبُرِّ والشعير إلَّا باشتراط المثليَّة في القدر والتسليم غيره من أصناف الطعام، وذلك مثل العسل والسمن والزيت، ومنه أيضًا تعدية ملك خراج المنفعة بالضمان ليشمل: «كل ما خرج من ثمرٍ حائطٍ اشتريته أو وَلَدِ ماشيةٍ... اشتريتها، فهو مثلُ الخراج؛ لأنه حدث في مِلك مشتريه، لا في مِلك بائعه»[٢٠].

وتوحي الصعوبات التي يواجهها في تخريج أحكام النماذج التي اختارها لتوضيح مفهوم القياس بأن تضييق الاجتهاد كي ينحصر في دائرة القياس يثير الكثير من المشاكل العملية؛ إذ يعمل القياس بكفاءة عالية حين تكون العلَّة الجامعة أوضحَ في الفرع المقيس منها في الأصل، أو مماثلةً له في الأقل؛ إذ يوجب النهي عن أن يظنَّ بالمسلم إلَّا خيرًا تحريم التصريح بما يسوؤه، أو إيذاءه بما يزيد عن ذلك؛ وإذا كان الإنسان مسؤولًا عن مثقال ذرة من شرٍّ، فإنه مسؤولٌ بالتأكيد عمَّا فوق المثقال. ويعمل القياس بدرجة عالية من الوضوح في الجزئيات، فيمكن قياس العسل والسمن والزيت على التمر والبُرِّ والشعير في تحريم المعاملات الربوية.

أما القواعد الكليَّة العامَّة التي جاء بها القرآن، مثل إيجاب العدالة والرحمة والمودَّة والإحسان وإنظار المعسر، فتنطبق على مفرداتها التي تندرج تحتها مباشرة بمعناها، ودونما اضطرار إلى إدراجها ضمن قياس. ولهذا لا حقَّ في اعتماد الشافعي على القياس وحده وطرح سائر أنواع الاجتهاد الأخرى.

وقد اضطر أتباعه والمنتسبون لمذهبه إلى الخروج على هذا الإطار الضيق للاجتهاد، فأعادوا الاعتبار للمصلحة القطعية الكلية والضرورية، وقد بدأ الغزالي ذلك رغم إدراجه المصلحة بوجه العموم ضمن الأدلَّة الموهومة، ليتوسَّع العز بن عبد السلام بعد ذلك في ردِّ اعتبار المصالح في كتابه الشهير **«قواعد الأحكام في مصالح الأنام»**.

وقد كانت الصياغة المجملة التي قدَّمها الشافعي للعلَّة هي التي مكَّنت أتباعه من إدراج الفروع التي لم ينصَّ على حكمها ضمن النصوص عن طريق المصالح دون أن يضطروا إلى الخروج عن مذهبه.

---

(٢٠) الرسالة للشافعي، ص٥٥٧.

ولم يكن للشافعي حقٌّ كذلك في هجومه على الاستحسان الحنفي، باعتباره تلذُّذًا وقولًا بالهوى، وانحرافًا عن الاجتهاد الجائز بالقياس. وعنده أن حلال الله وحرامه: «لا يقول فيه إلا عالمٌ بالأخبار، عاقلٌ للتشبيه عليها»[٢١]. وبهذا تنحصر الأدلَّة عنده في الأخبار (النصوص) والتشبيه، أو القياس عليها؛ إذ لا يعدو الاستحسان عند كلٍّ من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمَّد أن يكون آلةً لإعمال قواعد النصوص الكليَّة التي يقصر القياس الجزئي عن إعمالها.

وقد تجدر الإشارة إلى أن إعلاء الشافعي لضبط القواعد التشريعية وتوحيدها على النحو الذي أراده ابن المقفع، وسعى إليه مالك فيما يروى من دوافعه إلى تأليف كتابه «**الموطأ**»، قد يكون هو المسؤول عن تضييق الشافعي مجال الاجتهاد وحصره له في دائرة القياس.

وقد تناول الشافعي كذلك بعض المفاهيم المتداولة في إطار تحليله لأوجه البيان المتبع في النصوص، مثل العموم والخصوص والإطلاق والتقييد والمفهوم والنسخ، وما إلى ذلك من أصول الاستنباط. والقاعدة التي يؤكِّدها أنه لا: «لا تنزل بأحدٍ من أهل دين الله نازِلةٌ إلَّا وفي كتاب الله الدليلُ على سبيل الهدى فيه»[٢٢]. وهذه الدلالة على سبيل الهدى إمَّا أن تكون بالنصِّ على الحكم الشرعي وإمَّا بالاجتهاد، مثلما هو الحال في أمر الغائب عن عينِ الكعبة المأمور بالتوجُّه إلى القبلة؛ إذ السبيل لإصابتها هو بالعقول المركَّبة في المأمورين[٢٣].

وإنما كتب الشافعي كتابه هذا بطلبٍ من عبد الرحمن بن مهدي شيخ المحدثين في العراق الذي وجَّه إليه أسئلته ليجيب عنها الشافعي في رسالة كانت هي هذه الرسالة. وهو ما يدلُّ مرةً أخرى على نوعٍ من الانشغال العام بالموضوعات التي أعاد الشافعي تناولها ليؤلِّف شتاتها ويجمع بينها على صعيدٍ واحد.

---

(٢١) الرسالة للشافعي، ص٥٠٧.

(٢٢) نفسه، ص٢٠.

(٢٣) نفسه، ص٢٤.

ويتمثَّل فضل الشافعي بهذا في أمرين:

أولهما: تدوين مسائل علم أصول الفقه.

والثاني: ترتيب هذه المسائل في إطار نظريٍّ محكَم لا تتعارض أجزاؤه ولا يتناقض في تفصيلاته.

وفي هذا يقول الفخر الرازي: «كان الناس قبل الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه، ويستدلون ويعترضون؛ ولكن ما كان لهم قانون كليٌّ يرجعون إليه في معرفة دلائل الشريعة وفي كيفية معارضاتها وترجيحاتها، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه ووضع للخلق قانونًا كليًّا يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع، فثبت أن نسبة الإمام الشافعي إلى علم الشرع كنسبة أرسطوطاليس إلى علم العقل»(٢٤).

ويبرهن وائل حلاق - ببراعةٍ واضحةٍ - على وجود نوعٍ مبالغة في اعتبار الشافعي مهندسَ علم الأصول وواضعه، وأن مثل هذه الألقاب قد أضافها إليه المناقبيون من أتباع مذهبه مثل البيهقي والرازي وغيرهما(٢٥). وتتمثَّل أهمُّ الأدلَّة التي قدَّمها على أن الشافعي لم يستقر النظر إليه حتى القرن الخامس الهجري على أنه واضِعُ علم الأصول، تتمثَّل في الصمت الكامل عن «الرسالة»، وعدم شرحها أو التعليق عليها طيلة القرن الذي تلا وفاته، ولو من قِبل تلاميذه. وكذا، فإن مخالفيه من أهل الحديث أو الرأي لم يجدوا أنفسهم مضطرين لمقاومة «**الرسالة**» أو الاعتراض على بعض ما جاء فيها، والأخطر من هذا ما تكشف عنه المقارنة بين إشارة أبي حاتم الرازي (ت: ٣٢٧هـ) الشديدة الإيجاز لمنزلة الشافعي الأصولية، وما صار إليه الأمر بعد ذلك في «**مناقب الشافعي**» للبيهقي (ت: ٤٥٩هـ)، وفخر الدين الرازي

---

(٢٤) الرسالة للشافعي، ص١٣.

(٢٥) وائل حلاق، تاريخ النظريات الفقهية في الإسلام، ترجمة: أحمد موصللي، مراجعة: فهد بن عبد الرحمن الحمودي، دار المدار الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (٢٠٠٧م)، ص٥٧.

(ت: ٦٠٦هـ)، اللذين نظرا إلى الشافعي على أنه واضِعُ علم الأصول، وصنو أرسطو والخليل بن أحمد في وضعهما علمي المنطق والعروض(٢٦).

وينبغي ألَّا يغيب عن البال تأثير غلبة الانقسام المذهبي، والرفض الناشئ عنه للهجوم الذي شنته «الرسالة» - في أهم ما جاءت به - في المقررات الأساسية للمذاهب والاتجاهات القائمة؛ فمن المؤكَّد أن هجومه على عمل أهل المدينة، واستبعاده الاستصلاح فيما يبدو من قصره الاجتهاد على القياس، ونقله الإجماع من حدود المدينة وعلمائها إلى عموم المجتهدين؛ لم يرق للمالكية. وكذا، فإن هجومه البالغ على الاستحسان لم يكن له ما يبرِّره من وجهة نظر الأحناف، ولم تكن المعتزلة لتسعد بإعلائه دور السُّنة وقبول خبر الواحد متى توافرت شروط الثقة في الراوي للخبر، ولم تكن هذه الشروط التي تقلِّص الاعتماد على خبر الواحد متفقةً مع الرغبة في التوسُّع في الرواية وإعمال المرسل أو الضعيف لدى أهل الحديث.

والإجمال أن مؤلِّف «**الرسالة**»، رغم تضمُّن مشروعها شروط المشروعية المتمثِّلة في استنادها إلى شمولية النصوص القرآنية في توفير الحلول اللازمة لكل ما ينزل من مشكلات، مع تعظيم حجيَّة السُّنة النبوية؛ قد اضطر أن ينتظر فترةً غير قليلةٍ كي تنتظمَ صفوف أتباعه، ويؤلفوا لأنفسهم مذهبهم الخاصَّ، ليعيدوا الاعتبار لـ«**الرسالة**»، ويضيفوا إلى مباحثها المفاهيم التي لم تتسع لها، مثل مباحث دلالات الألفاظ وطرق تفسير النصوص وأنواع القياس ومسالك العلَّة، ومباحث الاجتهاد والتقليد.

وقد أدت تحليلات علماء المذهب الشافعي بعد اكتماله إلى توسيع نطاق الاجتهاد كي يشمل الاستصلاح مرةً أخرى، وهو ما قام به كلٌّ من الجويني والغزالي والعز بن عبد السلام الذي ألَّف كتابًا مستقلًّا أعاد فيه الاعتراف بمصالح الأنام في المشروع الأصولي للمذهب الشافعي دون أدنى اعتراض من أتباع هذا المذهب.

---

(٢٦) وائل حلاق، تاريخ النظريات الفقهية في الإسلام، ص٥٨ وما بعدها.

ومهما يكن من أمر ذلك، فقد تتابع العلماء بعد الشافعي على الاهتمام بمسائل هذا العلم مستفيدين من التقدُّم العلمي في مجالات اللغة والمنطق وعلم الكلام والفقه، وأثمر هذا الاهتمام ظهور عددٍ من المؤلفات الأصولية التي تختلف في المنهج والأسلوب والمسائل التي تتناولها عن رسالة الشافعي اختلافًا بعيد المدى فيما يتعلَّق بالشمول والاستيعاب. وأشهر هذه المؤلفات التي ظهرت في القرن الخامس الهجري أربعة، وهي:

(١) **العمد** للقاضي عبد الجبار الشافعي المعتزلي (ت: ٤١٥هـ).

(٢) **المعتمد** شرح العمد للقاضي أبي الحسين البصري الشافعي المعتزلي (ت: ٤٧٤هـ).

(٣) **البرهان** لإمام الحرمين الجويني الشافعي الأشعري (ت: ٤٧٨هـ).

(٤) **المستصفى** للإمام الغزالي الشافعي الأشعري (ت: ٥٠٥هـ).

(٦) طرق التأليف الأصولي:

تنوَّعت طرق التأليف الأصولي إلى طرقٍ عديدة، أبيِّنها فيما يلي:

أولًا: طريقة المتكلمين:

تنتمي هذه الكتب المذكورة جميعها فيما سبق إلى طريقة المتكلمين؛ لأن مؤلفيها كانوا من رؤساء المذاهب الكلامية، وتُنسب كذلك إلى الشافعي؛ لأنه هو الذي بدأها. وتتميَّز هذه الطريقة بالخصائص التالية:

(١) تحرير القواعد الأصولية في ذاتها والاستدلال عليها بالبراهين العقلية والنقلية، دون تقيُّد باستنباط هذه القواعد من الفروع.

(٢) النظر إلى القواعد باعتبارها حاكمةً للفروع لا مستنبطة منها، فنقطة البدء في هذه الطريقة هي القاعدة، وهم لهذا يثبتونها بالأدلة والبراهين، ثم لا يتجهون إلى اختبار تطبيقها على الفروع؛ لأن مستنبط الفروع عليه أن يتقيَّد بهذه القواعد.

(٣) الاهتمام بالجدل والمناظرة[٢٧] والخلاف في القواعد، بإثبات الرأي والرأي المخالف، ودليل كل فريقٍ والدفوع الواردة على هذه الأدلة لتأييد الموقف الخاص الذي يطمئنُّ إليه المؤلف.

(٤) التطرق إلى كثيرٍ من المسائل الكلامية والمنطقية؛ كمناقشة مبدأ عصمة الأنبياء قبل النبوة، والتحسين والتقبيح العقليين.

ولا يعني ذلك أن هذه الطريقة لا تقدِّم الكثير من الأمثلة التوضيحية للقاعدة، وإنما المقصود أن القاعدة هي المدار في التناول. وتتجلَّى هذه الطريقة في النظر إلى كتاب الآمدي «**الإحكام في أصول الأحكام**»، حيث يبدأ

---

(٢٧) يمكن القول بوجه الإجمال بتنوع ميادين الجدل في الفقه إلى ثلاثة أنواع: **أولها**: الخلافيات، والتأليف فيها كثير بين الشافعية والأحناف وهؤلاء وغيرهم، وقد عرَّفه حاجي خليفة بأنه: «علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشبه، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية»، (كشف الظنون ١/ ٧٢١). **والثاني**: أدب البحث والمناظرة، مما يتعلَّق بالواجب على طرفي المناظرة في الإصغاء وعدم المقاطعة إلى أن ينتهي الآخر من تقديم رأيه، والاحترام الكامل والرفق بالطرف الآخر، وإخلاص النيَّة في الرغبة في الوصول إلى الحق. **والثالث**: الجدل الذي يختلط عند ابن خلدون بآداب المناظرة (المقدمة، ص٤٥٧)، ويعرِّفه حاجي خليفة بأنه «علم يبحث عن الطرق التي يقتدر بها على إبرام ونقض»، (كشف الظنون ١/ ٥٧٩). وقد نشر جورج مقدسي في أوائل الثمانينيات كتاب الجدل لابن عقيل، وألَّف فيه كذلك ابن الراوندي (٢٩٧هـ/ ٩٠٩م)، والبلخي (٣١٩هـ/ ٩٣١م)، والأشعري (٣٢٤هـ/ ٩٣٥م)، والماتريدي (٣٣٣هـ/ ٩٣٣م)، الذين لم تصل إلينا مؤلفاتهم، ومن أهم المؤلفات في ذلك: (١) الكافية في الجدل لإمام الحرمين الجويني، تحقيق: د. فوقية حسين محمود، مكتبة الكليات الأزهرية.

(٢) المعونة في الجدل لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، وله طبعة أخرى بتحقيق: د. علي عبد العزيز العميريني، دار النشر: جمعية إحياء التراث الإسلامي بالكويت.

(٣) علَم الجَذَل في علم الجدل لنجم الدين الطوفي، تحقيق: فولفهارت هاينريشس، إصدار جمعية المستشرقين الألمانية، وطبع مؤسسة الأبحاث العلمية الألمانية بإشراف المعهد الألماني للأبحاث الشرقية في بيروت.

(٤) آداب البحث والمناظرة للشيخ الشنقيطي، تحقيق: سعود بن عبد العزيز العريفي، دار عالم الفوائد.

(٥) منهج الجدل والمناظرة في تقرير مسائل الاعتقاد، تأليف: الدكتور عثمان علي حسن، دار إشبيليا للنشر والتوزيع.

مباحث كتابه هذا بتحرير القاعدة، وتحديد معناها، ورأي المخالفين، ليسوق الأدلَّة المؤيدة لما يذكره، وأدلَّة الخصوم، والرد عليها بالأدلة المتاحة، دونما توجيه أدنى اهتمام للثمرة الفقهية المتولِّدة عن هذه القاعدة.

وقد تناول ابن خلدون في الفصل التاسع من مقدمته تطوُّر علم الأصول، والطرق المختلفة للتفكير فيه، فيشير إلى هذه الطريقة بقوله: «وعُني الناس بطريقة المتكلمين فيه... وكان من أحسن ما كتب فيه المتكلمون كتاب البرهان لإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ/ ١٠٨٥م)، والمستصفى للغزالي (ت: ٥٠٥هـ/ ١١١١م)، وهما من الأشعرية، وكتاب العمد لعبد الجبار (ت: ٤١٥هـ/ ١٠٢٤م)، وشرحه المعتمد لأبي الحسين البصري (ت: ٤٣٦هـ/ ١٠٤٤م)، وهما من المعتزلة»[٢٨].

وقد كان اختلاط مسائل أصول الفقه بعلم الكلام هو ما أدى إلى اعتبار علم أصول الفقه فرعًا «من علم أصول الدين»، ووقوع التصنيف فيه «على اعتقاد مصنِّف الكتاب» فيما نقله صاحب كشف الظنون[٢٩]. ويختلف الأصولي بهذا عن الفقيه في انصراف الأول إلى العلم بالمنهج العقلي، والاجتهاد فيه، دون أن يمارس تطبيقه في الفروع، ولا يلزم لهذا أن يكون مجتهدًا. أما الفقيه الذي يتصور الأدلَّة ويعرف أصول الفقه، فليس من عمله أن يبدي رأيًا في مسائل الأصول.

وينبغي أن يلاحظ أن هذه الطريقة قد ضمنت لعلم الأصول قدرًا من وضوح التكوين، وتماسك مباحثه، واليُسْر في الدفاع المنطقي عن قواعده بالإفادة من تطوُّر علم الجدل الذي ازدهر في بيئة علم الكلام - بدءًا من النصف الثاني من القرن الثاني الهجري - بتأثير تزايد الاعتراف بحجيَّة المنطق الأرسطوطاليسي، مما قد نلاحظه لدى الشافعي في رسالته في عرضه الأخَّاذ

---

(٢٨) المقدمة لابن خلدون، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م)، (١/ ٤٥٥).

(٢٩) كشف الظنون عن أسامي الكُتب والفنون لحاجي خليفة، طبعة إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان (بدون تاريخ)، (١/ ١١٠).

المعتمد على الحوار والتعريف وترتيب المباحث، والاستدلال بالأدلة النصيَّة والعقليَّة على ما يريده ضد طرف يخالفه الرأي لا يحدِّده باسمه أو وصفه.

ولذا جذبت هذه الطريقة إليها عددًا من الأصوليين المنتسبين لغير المذهب الشافعي كالمالكية والحنابلة. وتحمل هذه الجاذبية - في التركيز على القواعد والوصول بها إلى الغاية في الترتيب، والغلبة في المجادلة وإفحام الخصوم - بذور الجمود والتوقف عند الوصول بها إلى قمَّة النضج، وهو ما حدث منذ القرن الخامس الهجري، في ظلِّ الفصل بين هذه القواعد ومحيط التفكير الفقهي المتجدِّد باحتياجاته وتطوُّر المجتمع الذي يبحث عن ضبط العلاقات والنوازل والوقائع التي لا يتناهى حدوثها فيه. وفي اعتقادي أن نقد هذه الطريقة والعودة إلى ربط الأصول بالفقه من أهمِّ ما يأخذ التفكير الأصولي إلى مشارف العصر الحديث، وإلى التجديد كذلك.

ثانيًا: طريقة الأحناف أو الفقهاء:

ظهرت طريقة أخرى في التأليف الأصولي، هي طريقة الفقهاء؛ لأنها تبدأ من الفروع الفقهية، وتستنبط منها القواعد الأصولية لأحكام هذه الفروع. وهدف استنباط القواعد الأصولية من الفروع على هذا النحو هو معرفة المناهج التي سار عليها أئمَّة المذهب والدفاع عن آرائهم؛ ذلك أن هذه القواعد قد صيغت بعد مجيء أئمَّة المذهب الحنفي، فأراد أتباع هذا المذهب معرفة المنهج الأصولي الذي اتبعه هؤلاء الأئمَّة لتأييد المذهب.

وبهذا تختلف طريقة الفقهاء أو الأحناف في أن القواعد الأصولية ليست حاكمةً على الفروع بل مستمدَّة منها، وهي ليست سابقةً على هذه الفروع بل مسبوقة بها. وفي رأي ابن خلدون - رغم مالكيته - أن: «كتابة الفقهاء فيها أمسُّ بالفقه، وأَلْيَقُ بالفروع؛ لكثرة الأمثلة منها والشواهد، وبناء المسائل فيها على النكت الفقهية، والمتكلمون يجردون صور تلك المسائل عن الفقه، ويميلون إلى الاستدلال العقلي ما أمكن؛ لأنه غالب فنونهم، ومقتضى طريقتهم»[٣٠].

---

(٣٠) المقدمة لابن خلدون (١/ ٤٥٥).

ويجب الالتفات إلى أن هذه الطريقة التي تعتمد ربط الأصول بالفقه في النشأة والتطوُّر هي التي يمكن الانطلاق منها لبناء أصول فقه يتناول الوسائل والآليات والمناهج التي يحتاج إليها التفكير الفقهي الحديث، بما يمكِّنه من التطبيق في الظروف الراهنة والاستجابة للحاجات الاجتماعية المختلفة.

وفي اعتقادي أن الواجب لن يخرج عن العمل على تعظيم الإفادة من هذا التراث الأصولي الزاخر بإعادة النظر في توظيف مباحثه، ورسم الأُطر اللازمة لهذا التوظيف. ولهذا يلزم - على سبيل المثال - العكوف على بحث منهج التشريع في القرآن الكريم والسُّنة النبوية بعد تأكيد مركزية حجيتهما، وإعادة النظر في الإجماع لتحديد علاقة حجيته برأي الأغلبية، ودور الحاكم وممثلي الأمَّة في رفع الخلاف، وتطوير وظيفة القياس وعلاقته بالمقاصد الشرعية التي يحدِّدها الاستقراء؛ كي ينتقل من مجرَّد ربط حالة جزئية بحالة جزئية مماثلة إلى القدرة على صياغة المبادئ العامَّة التي يمكن اختبارها باستقراء النصوص.

وكذا، فإن الجدال الأصولي حول شرع من قبلنا مما يمكن الإفادة منه في النظر إلى العلاقة بين أحكام الفقه الإسلامي والقوانين المطبَّقة في بلادنا، وهو ما لا يمكن الاستمرار في تجاهله إن أردنا لبلادنا منهجًا متماسكًا في تحقيق العدالة. وسيلزم أيضًا ترقية العُرف بتناوله بين الأدلَّة الشرعية، على ما سأعرض له في مناسبته.

أما قواعد تفسير النصوص، فتحتاج إلى إطارٍ يستفيد مما تحقَّق من تطوُّر في الدرس اللغوي وعلم المعنى والتفسير الموضوعي للنصوص. وهذه هي المهمَّة الثقيلة التي قد ينوء بها هذا البحث، مما يستوجب أن ينهض بها غيره.

أهمُّ الكتب التي أُلِّفت على هذه الطريقة:

(١) أصول الكرخي (ت: ٣٤٠هـ): ومقصوده الذي أستنبطه له من جمع كتابه هذا هو تحرير الأصول التي عليها مدار كتب أصحابه من علماء المذهب الحنفي، مثل قاعدة أن: «ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»، ومثل قاعدة أن: «الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجبه»، ومثل قاعدة أن: «من ساعده الظاهر

فالقول قوله والبيِّنة على من يدَّعي خلاف الظاهر»، وكقاعدة أنه: «يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر».

وقد عُني نجم الدين أبو حفص عمر بن أحمد النسفي بهذه القواعد الحقوقية المؤثرة في الاستنباط الفقهي، فأعقبها بذكر أمثلتها وشواهدها ونظائرها، ومن أمثلة هذه القواعد: «أن مَنْ كان في يده دار فجاء رجل يدَّعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدَّعي، حتى لا يقضى له إلا بالبيِّنة. ولو بيعت دار لجنب هذه الدار فأراد أخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار، فأنكر المدعى عليه أن تكون هذه الدار التي في يده مملوكةً له، فإنه بظاهر يده لا يستحقُّ الشفعة ما لم يثبت أن هذه الدار مِلْكه... وأن مَنِ ادعى دَيْنًا على رجل وضمانًا فأنكره فالقولُ قولُهُ؛ لأن الذِّممَ في الأصل خُلقت بريئة، والبيِّنة على مَنْ يدَّعي خلاف الظاهر».

(٢) أصول الجصاص (ت: ٣٧٠هـ): وهو مطبوع في مقدمة كتابه أحكام القرآن، ومطبوع كذلك طبعة محقَّقة في النشرة التي أصدرتها وزارة الأوقاف الكويتية، ويركِّز الجصاص في عمله هذا على القواعد المتعلِّقة باستنباط الأحكام من القرآن، وهو ما يبدو مما يذكره في مقدمة هذا الكتاب من قوله: «فهذه فصول وأبواب تشمل على طرق استنباط معاني القرآن واستخراج دلائله وأحكام ألفاظه، وما تتصرف عليه أنحاء كلام العرب والأسماء اللغوية والعبارات الشرعية»[٣١].

(٣) أصول البزدوي (ت: ٤٨٢هـ)، وعنوانه: «**كنز الوصول إلى معرفة الأصول**»، وقد شرحه عبد العزيز البخاري (ت: ٧٣٠هـ) في كتابه «**كشف الأسرار**»، وقد يفسِّر هذه الشهرة الواسعة التي حظي بها هذا الكتاب - على النحو الذي تمثَّل في كثرة شروحه وأهمية هذه الشروح في النظر الأصولي - ما أضافه البزدوي في تطوُّر الفكر الأصولي لدى الأحناف، وتتجاوز هذه الإضافات مجرَّد إحكام الترتيب والتنسيق الذي استوفاه المؤلِّف إلى التعمُّق في تناول عددٍ من القضايا الأصولية بمنهجٍ مختلفٍ عن منهجي الجصاص

---

(٣١) أصول الجصاص (١/ ٤٠).

والكرخي، من مثل إفراده الأحكام الوضعية - دون التكليفية - بالتناول المفصل في قريبٍ من سدس كتابه، وتمهيده لهذا بحديثٍ عن أسباب الشرائع[٣٢]، مما يكشف عن توجُّه عمليٍّ وظيفيٍّ في دراسته الأصولية. وقد يكشف عن هذا التوجُّه الوظيفيِّ استغراقُهُ في بيان الأمثلة الفقهية الشاهدة على القاعدة الأصولية من أبوابٍ فقهية مختلفة، للمعاونة على فهم القاعدة من جهة، مع تيسير إمكانات تطبيقها من جهة أخرى.

ونلمح في تناوله لأوجه الدلالات النصيَّة التي يمكن استنباط الأحكام منها هذه الرغبةَ الواضحة لدى الأصوليين - فيما بعد - في توظيف النصوص بمفاهيمها وإشاراتها واقتضاءاتها وعباراتها، رغم تناهي أعدادها فيما لا يُحصى من الأنشطة الإنسانية والعلاقات. ومن أمثلته التي يوضِّح بها ذلك: إثبات النَّسَب للأب بإشارة النصِّ الموجب للنفقة عليهم في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وفي هذا النصِّ كذلك «إشارة إلى انفراد الأب بتحمُّل نفقة الولد؛ لأنه أوجبها عليه بهذه النسبة، ولا يشاركه أحدٌ فيها»، وينفرد الولد كذلك بتحمُّل نفقة والده المحتاج، وفي النصِّ إشارة أيضًا إلى إيجاب النفقة بغير الولادة، ويلتفت في السياق ذاته إلى صحَّة «إثبات الحدود والكفارات بدلالات النصوص، ولم يجز بالقياس»[٣٣].

ويستدلُّ هنا بإشارة قوله ﷺ: «لا قَوَدَ إلَّا بالسيف»[٣٤]، على صحَّة مذهب أبي حنيفة في تقييد القتل الموجب للقصاص «بالجرح الذي ينقض البنية ظاهرًا وباطنًا»، خلافًا لصاحبيه اللذين أوجباه على «الفعل الذي لا تطيق البنية احتماله فتهلك، جرحًا كان أو لم يكن، حتى قالا يجب القود بالقتل بالحجر العظيم»[٣٥].

ولا يتوقف عند ذلك، بل يأتي بأمثلة أخرى من أبواب الطلاق والعتاق واليمين والزواج والدعوى والنَّسَب. وهو مع هذا كله مدافع عنيد عن مقررات

---

(٣٢) أصول البزدوي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي، باكستان، ص١٤٥-١٥٠.

(٣٣) المقدمة لابن خلدون (١/ ١٢٠).

(٣٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب: الديات، باب: لا قود إلا بالسيف (٢٦٦٧).

(٣٥) المقدمة لابن خلدون (١/ ١٢١).

المذهب الحنفي، مما أكسبه مكانةً خاصَّة في تطوُّر الفكر الأصولي في هذا المذهب.

(٤) أصول السرخسي (ت: ٤٨٣هـ): وهو أَوْفَى من سابقيه في بعض الموضوعات الأصولية التي دقَّق فيها، وإن تجاهل الإطار الأصوليَّ العامَّ الذي التفت إليه البزدوي - بإيجازٍ شديدٍ - في مقدمة كتابه؛ إذ نرى السرخسي يدخل مباشرةً بعد خطبة كتابه في تناول الأمر والنهي، مع بيان صفة المأمور به في الحسن والقبح، وأنواع الألفاظ، ودلالاتها، والأدلة أو الحجج الشرعية في اصطلاحه، مع إفراد حيزٍ أكبر للاستدلال بالحديث وشروط صحته من جهة الرواية والمتن، والاستدلال بالقياس.

ويتناول السرخسي الأحكام على نحوٍ غير مألوفٍ في الكتابة الأصولية، وذلك بالتركيز على الأحكام الوضعية، وتقسيم هذه الأحكام بالنظر إلى الحقوق المتعلِّقة بها، سواء كانت حقوقًا خالصة لله أو للعباد، أو بالنوعين معًا مع غلبة أحدهما.

وتتميَّز طريقة الأحناف بالخصائص التالية:

(أ) استناد هذه الطريقة في استخراج القواعد الأصولية إلى العناية بالفروع والمسائل، سواء لتوضيح هذه القواعد، أو لربطها بهذا النوع من المسائل الخلافية المشهورة بُغية الانتصار لما عليه المذهب، وهي لا تستند بهذا إلى مجرَّد الصحَّة المنطقية للقاعدة. وبهذا لا مجال في مؤلفاتهم الأصولية للإكثار من البراهين والاستدلالات والعناية بذكر الآراء المختلفة والجدال حول القاعدة؛ لأنها تكون صحيحةً إذا استندت إلى الفروع والرأي المعتمد في المذهب، وغير صحيحة إذا ندَّت عن ذلك.

(ب) الاستشهاد على صحَّة القاعدة بذكر الفروع الفقهية التي تشهد لها والتي تخرجت على أساسها، مع الانتصار للمذهب الحنفي ما أمكن.

ونظرًا لكثرة الفروع المستشهد بها على الأصل واستنباطه منها، فإن ابن خلدون يذكر أن طريقة الفقهاء أليقُ بالفقه، وأبعدُ عن الدخول فيما تطرق إليه المتكلمون الأصوليون من مسائل علم الكلام والمنطق، ولا يقدح ما ذكره ابن خلدون في سلامة الأساس المنطقي لهذه الطريقة.

ثالثًا: الطريقة الجامعة أو طريقة المتأخرين:

وهناك إلى جانب ذلك مؤلفات أصولية تتَّسم بالجمع بين سمات هاتين الطريقتين السابقتين، وهذه هي الطريقة التي سار عليها متأخِّرو الأحناف.

ومن أهمِّ الكتب التي سارت على هذه الطريقة:

(١) كتاب **التنقيح** وشرحه **التوضيح** لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت: ٧٤٧هـ): وقد جاء المتن والشرح تلخيصًا لأصول البزدوي ومحصول الفخر الرازي ومختصر ابن الحاجب، **والتوضيح** هو المتن، **والتنقيح** شرحه للمؤلف نفسه، على حين جاء **التلويح** لمؤلِّفه سعد الدين التفتازاني شرحًا موسعًا للتوضيح. ويلخِّص صدر الشريعة جهده بالإشارة إلى اشتمال كتابه «على تعريفاتٍ وحُجَجٍ مؤسَّسة على قواعد العقول، وتفريعاتٍ مرصَّصة بعد ضبط الأصول، وترتيبٍ أنيقٍ لم يسبقني على مثله أحدٌ، مع تدقيقات غامضة لم يبلغ فرسان هذا العلم إلى هذا الأمد»[٣٦].

(٢) **التحرير** للكمال بن الهمام (ت: ٨٦١هـ): وقد شرحه أمير بادشاه الحسيني (ت: ٩٨٧هـ)، في كتابه «**تيسير التحرير**»، ويسهب المتن والشرح في تعريف علم الأصول ومقدماته المنطقية واللغوية، لينتقل بعدها إلى تناول مسائل أصولية تتعلَّق بالدلالات والمفاهيم ومعاني الألفاظ والعموم والخصوص والإطلاق والتقييد والمجاز والحقيقة ومسائل الحروف والأحكام التكليفية والوضعية، ويأتي الجزآن الأخيران ليتناول فيهما موضوعي الأدلة والاجتهاد والتقليد. ورغم إحكام ترتيب هذا الكتاب واختلافه عن الترتيب المعهود عند الأحناف والمتكلمين، واشتماله على كثيرٍ من المفاهيم التي يمكن الإفادة منها مثل مفهوم «المكلف الكلي»، و«العموم الاعتباري»، فإن التناول فيه يتسم بقدر كبير من الصعوبة التي تتسم بها الشروح على المتون، بحكم التداخل بين نصي المتن والشرح، ومن المهمِّ ملاحظة أن هذا التداخل مما يؤدي إلى تجزؤ فهم الموضوع، وتعويق متابعته، رغم مناسبته لنوعٍ من التعليم النصيِّ القائم على

---

(٣٦) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لعبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م)، (٨/١).

التحليل اللغوي، والإحالة إلى المصادر الأساسية لتثبيت حجيَّة النصِّ عن طريق هذه الإحالة.

(٣) **مسلم الثبوت** لمحب الله بن عبد الشكور (ت: ١١١٩هـ)، وقد ألَّفه قبل وفاته بعشر سنوات، وقام بشرحه عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري في كتابٍ سمَّاه «**فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت**»، ويعِد الشارح في مقدمته بترك «طريقة المجادلين الذين يخدمون ظواهر الألفاظ، ولا يرومون بواطن المعاني»[٣٧]، وعدم الميل القليل أو الكثير «عن الواقعية»[٣٨]. ولا يبعد المؤلف عن هذه الواقعية في تعريفه علم أصول الفقه بأنه: «أدلة إجمالية للفقه يحتاج إليها عند تطبيق الأدلة التفصيلية على أحكامها»[٣٩].

(٤) **الموافقات** للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي الأندلسي (ت: ٧٩٠هـ)، وهو من أهمِّ الكتب الأصولية التي جمعت بين طريقتي الفقهاء والمتكلمين، وأضاف عددًا كبيرًا من المباحث والمسائل الأصولية التي لا نجدها في كتب الأصول الأخرى، ومن ذلك مبحث مقاصد الشريعة الذي خصَّص له الجزء الثاني من كتابه هذا.

ويدخل هذا الكتاب ضمن محاولات التجديد في هذا العلم، وقد أطلق الشاطبي على كتابه هذا أولًا عنوان: «**التعريف بأسرار التكليف**»، غير أنه أطلق عليه فيما بعد عنوان: «**الموافقات**»؛ لما وجد أن هذه الأسرار تقوده إلى إدراك أوجه التوافق بين مالك وأبي حنيفة.

وقد طُبع هذا الكتاب طبعاتٍ عديدة، أهمها طبعة المطبعة السلفية في مصر عام (١٩٢٢م)، وهي الطبعة التي علَّق فيها محمد الخضر حسين على الجزء الأول والثاني، ومحمد حسنين مخلوف على الجزأين الثالث والرابع، ثم الطبعة الأخرى التي صدرت في مصر أيضًا بتعليق عبد الله دراز.

---

(٣٧) فواتح الرحموت للعلامة اللكنوي بشرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور، ضبط وتصحيح: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت (بدون تاريخ)، (١/ ٥).

(٣٨) نفسه (١/ ٧).

(٣٩) نفسه (١/ ٩).

وقد هدف الشاطبي إلى بيان المقاصد الكليَّة والمصالح المستنبطة من النصوص الشرعية، مع التعريف بأسرار التكليف، ودارت الأبواب التي عقدها حول المقدمات العلمية الأساسية التي أثبتها مما تعلَّق على وجه العموم بالقطع والظن، والعلاقة بين العلم والعمل في المباحث الأصولية، والأحكام وما يتعلَّق بها، سواء كانت من خطاب الوضع أو من خطاب التكليف، ليتناول بعد ذلك كلًّا من المقاصد الشرعية والأدلة الشرعية والاجتهاد والتقليد.

رابعًا: الطريقة العملية المتعلِّقة بتخريج الفروع على الأصول:

نشأت في الفترة المتأخرة كذلك طريقة تخريج الفروع على الأصول التي تعتمد على إبراز القاعدة الأصولية مع المقارنة وبيان أثرها في الخلاف الفقهي. وقد ألَّف وَفْقَ هذه الطريقة مؤلِّفون بارزون، من أشهرهم شهاب الدين ابن أحمد الزنجاني الشافعي (ت: ٦٥٦هـ)، بكتابه «**تخريج الفروع على الأصول**» الذي يقارن فيه بين أصول الأحناف والشافعية، وكذا محمد بن أحمد التلمساني المالكي (ت: ٧٧١هـ) بكتابه «**مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**» الذي يتناول فيه تطبيقات القاعدة الأصولية في مذاهب الأحناف والشافعية والمالكية. ومنها كذلك كتاب «**التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**» لجمال الدين الإسنوي (ت: ٧٧٢هـ)، وكتاب «**الوصول إلى قواعد الأصول**» لمحمد بن عبد الله التمرتاشي الحنفي (ت: ١٠٠٤). وتفيد هذه الطريقة فوائدَ جمَّة في وضوح الأثر الفقهي للقاعدة الأصولية مع المقارنة بين المذاهب الفقهية في تطبيقات القاعدة موضع النظر.

(٧) منهجية أصول الفقه:

إن وظيفة هذا العلم بالدرجة الأولى هي معاونة الفقيه في استخراج الأحكام الشرعية، وتعيين أدلتها لإكسابها الحجيَّة والمشروعيَّة، ويلزم اختبار المسائل التي يتطرق إليها هذا العلم بهذا الاعتبار للإبقاء عليها ضمن مسائله، أو اطراحها خارج حدوده.

ويمتدُّ تأثير بعض مباحث هذا العلم - بدرجة مماثلة - إلى تفسير

النصوص القانونية السائدة، ومما يدلُّ عليه شيوع كثير من مصطلحاته في تسبيب أحكام المحاكم بمختلف درجاتها؛ ولهذا تُدرس مقررات أصول الفقه في كليات الحقوق في البلاد العربية والإسلامية.

ويصلح هذا العلم - من جهةٍ أخرى - للمعاونة في تحديد منهج التفكير في العلوم الشرعية المختلفة كالفقه والأخلاق وعلم الكلام. وقد يساعد كذلك باشتماله على الاستقراء والسببية ومسالك العلة في تحديد المناهج العلمية اللازمة لدراسة الظواهر الاقتصادية والاجتماعية.

ومن جهة أخرى، يعبِّر هذا العلم - فيما قدَّمه الشيخ مصطفى عبد الرازق في تمهيده، وأستاذنا الدكتور علي سامي النشار في كتابه القيم «**مناهج البحث عند مفكِّري الإسلام**» - عن أسلوب التفكير الذي قبلته الحضارة الإسلامية مثلما عبَّر المنطق اليوناني عن أسلوب التفكير الذي تبنَّته الحضارة اليونانية، ويستدلان على وجهة نظرهما بقيام علم أصول الفقه في جوهره على أسسٍ استقرائية واضحة، سواء في التعرف إلى العلَّة وتحديد مسالكها وشروطها أو في التعرف إلى المعنى الذي ارتبط به الحكم الشرعي؛ ولذلك يتحدَّث الأصوليون عن السَّبْر والتقسيم والطرد والعكس، بما يفيد توجُّههم في الكشف عن علة الحكم إلى حصر المعاني التي يحتمل ربط الحكم بأحدها (كتحريم الخمر واحتمالات ارتباط هذا الحكم بلونها أو سيولتها أو الالتذاذ بشربها أو رائحتها أو تأثيرها في العقل)، وهذا هو التقسيم، ثم اختبار كل وصفٍ من هذه الأوصاف (السبر) بالوسائل المنطقية المختلفة كالطرد أو العكس، فلا يثبت طرد الحكم بالتحريم في الأشياء السائلة أو في اللون المعين أو للرائحة.

وهذه العناصر الاستقرائية هي التي كفلت لعلم أصول الفقه التعبير عن منهجٍ علميٍّ مقبولٍ لا في العلوم الاجتماعية وحدها، بل في العلوم العملية كذلك. وتدلُّ أبحاث الدكتور علي سامي النشار على أن الأصوليين لم يستفيدوا فحسب من التقدُّم العلمي والمنطقي الذي وجد في بيئتهم في صياغة نظريتهم الأصولية، وإنما كانوا دعاةً لهذا التقدُّم وسببًا من أسبابه كذلك.

وليس لي مع هذا أن أفكِّر في أصول الفقه إلا على أنه علمٌ يستقصي طرق استثمار الأحكام الشرعية من أدلتها وآليات تطبيقها في الواقع كما تقدَّم.

والحاصل أن علم أصول الفقه يعبِّر عن المنهج الإسلامي المقبول للتفكير في الفقه والقانون والعلوم الشرعية المختلفة، كما أنه يحتوي على أسس المنهج العلمي الاستقرائي في الظواهر الاجتماعية المختلفة.

ويقدِّم أصول الفقه على مستوى الدراسة الفقهية الأُسسَ المنهجية اللازمة للتعرف إلى الحكم الشرعي فيما يعرض من حوادث متجدِّدة، ولا غنى عن هذا العلم للمجتهد. ولذا ينقل كثيرٌ من الأصوليين أن تعلُّم هذا العلم فرضٌ، بناءً على أن: «معرفة حكم الله تعالى في الوقائع النازلة بالمكلَّفين واجبة ولا طريق إلى تحصيلها إلا بهذا العلم، وما لا يتأدى الواجب المطلق إلا به، وكان مقدورًا للمكلف، فهو واجب». وليس هذا الوجوب وجوبًا عينيًّا على كل أحد، وإنما هو من فروض الكفايات؛ «لأنه لا يجب على الناس بأسرهم طلب الأحكام بالدلائل المفصلة، بل يجوز الاستفتاء، وذلك يدلُّ على أن تحصيل هذا العلم ليس من فروض الأعيان، بل من فروض الكفايات».

(٨) مقدمات علم أصول الفقه:

درج المؤلفون في أصول الفقه منذ «**المعتمد**» لأبي الحسين البصري على بدء كتبهم بالتعرض لمقدماتٍ عامَّة، تنقسم إلى مقدماتٍ تتعلَّق بنظرية المعرفة، وأخرى كلامية ولغوية وفقهية، ويعلِّل الآمدي تقسيم هذه المقدمات هذا التقسيم بقوله: «قد عرف أن استمداد علم أصول الفقه إنما هو الكلام والعربية والأحكام الشرعية»[٤٠]. ولهذا فهو يستعرض المقدمات الأصولية بهذا الترتيب الذي تجده في **البرهان والمستصفى والمحصول**.

ويمكن البحث عن وظيفة هذه المقدمات المألوفة في بدايات كتب أصول الفقه بالنظر إلى الجدل الدائر والمستمر في التفكير الإسلامي بين التيارين: النصي والعقلي. ذلك أن هذه المقدمات جميعها، واللغوية أيضًا، تتجه إلى تأكيد التيار النصي، والتأسيس لنسبة التشريعات جميعها إلى مصدر الشرع، مع إمكان نسبة دور هامشيٍّ وثانويٍّ عند الضرورة للعقل، وهو الدور الذي أخذ في النموِّ فيما بعد.

---

(٤٠) الإحكام للآمدي (١/ ١٠).

لقد أكَّد الشافعي منذ البداية على رجوع حكم أية نازلة أو خصومة إلى ما بيَّنه نصُّ الشارع، أو ما يبيِّنه القياس على هذا النصِّ. غير أن الاعتراف بالمناسبة والحكمة في ركن القياس الأساسي - وهو العلَّة - قد أوضح مدى تغلغل الاتجاه العقلي في النظر الأصولي الذي اضطر إلى القبول به لأسبابٍ عملية بحتة. ولا يرجع إبراز الغزالي الشافعي لأهمية الاستقراء، ودوره المنهجي في استنباط المصالح الضرورية القطعية الكلية أو الاجتماعية، إلَّا إلى الرغبة في تعديل المنهج الأصولي النصي، بما يجعله أكثر مناسبةً للتفكير العقلي.

ويجب النظر إلى استعادة الاستحسان الاعتراف به في إطار العدول عن قياسٍ إلى غيره ضمن هذا الجدل الدائر بين الاتجاهين النصي والعقلي. وسنجد أثر هذا الجدل في هذه المقدمات المتعلِّقة بالحسن والقبح ورجوعهما إلى قطبي النص أو العقل.

وقد مثلت مرجعية النصِّ في كل ما ينزل بالمجتمع المسلم من خلافاتٍ أصلًا ثابتًا يجب التسليم به من الناحية النظرية، رغم التعديلات الطارئة التي أوجبها التطوُّر العقلي، والتي قد تتناقض مع التسليم الكامل والمطلق بهذه المرجعية. وليس اعتبار العرف، والمصالح الاجتماعية، وإبراز قاعدتي: ما لا يتمُّ الواجب إلَّا به فهو واجب، وما يؤدي إلى الحرام فهو محرم؛ إلَّا أمثلة على تغلغل النظر العقلي في البناء الأصولي بعد الانتصار المبدئي للاتجاه النصيِّ الذي حقَّقه بالترتيب التاريخي كلٌّ من المحدثين والشافعي والحنابلة والأشاعرة.

ولم يكن في الوسع التطلُّع إلى التخفُّف من بعض هذه المقدمات، على النحو الذي دعا إليه الشاطبي، إلَّا بعد اختلاط الاتجاهين العقلي والنصي، مما يسَّر إخضاع هذه المقدمات ذاتها لموجبات النظر العقلي. ويجب النظر إلى هذه المقدمات بأسرها في إطار التوتُّر والجدل القائم بين الاتجاهين النصي والعقلي في الدائرتين الفقهية والكلامية اللتين امتزجتا طويلًا، مما يجب العمل على التخلُّص منه للعمل على خلقِ أصولٍ جديدة تركِّز على النظر إلى أصول النظام القانوني الإسلامي.

ويمكن القول بوجه العموم بأن الاتجاه العقلي هو الذي أحكم قبضته في النظر الأصوليْ حتى فيما قبل العصر الحديث، مما يسَّر الدعوة إلى التجديد التشريعي والفقهي في هذا العصر.

وفيما يلي تعريف موجز بكلٍّ من هذه المقدمات الأصولية التقليدية، لإدراك التطوُّر المنهجي الأصولي ومسيرته الحافلة من تغليب النصِّ إلى المشاركة العقلية:

(أ) نظرية المعرفة الأصولية:

تتشكَّل نظرية المعرفة الأصولية من تحديد طرق النظر، وأنواع الأدلَّة المحتج بها، والعلاقة بينها، وحجيتها. وتتفرع نظرية المعرفة الأصولية عن النظرية العامَّة للمعرفة التي يذكرها الغزالي في مقدمة «**المستصفى**»، مؤكدًا أنه لا ثقة بعلم من لا يحيط بهذه المقدمة العامَّة في أي فرعٍ من فروع المعرفة. وبهذا، يتألَّف «**المستصفى**» - فيما يجدر الالتفات إليه - منْ جزأين متكاملين:

أولهما هذه المقدمة المتعلِّقة بالمعرفة في عمومها.

والآخر: مباحث الأحكام والأدلَّة وطرق الاستنباط والاجتهاد والتقليد مما يتعلَّق بنظرية المعرفة الأصولية.

ويجب التأكيد على أهمية هذا التكامل بين جزأي «**المستصفى**» لأهميته في إدراك الترابط بين نظرية المعرفة بوجه العموم ونظرية المعرفة الأصولية؛ إذ تتفرع الأخيرة عن الأولى التي تتناول - بوجه العموم - كيفيات الانتقال المقصود مما هو معلوم إلى غيره، على حين تختصُّ الأخرى ببيان كيفيات الانتقال مما هو منصوص عليه في العمل الفقهي إلى غيره.

وإنما تحصل المعرفة في المجالين العام والأصولي على السواء بالنظر أو الفكر المتجه إلى طلب علمٍ أو ظنٍّ، ومن ارتباط الفكر بالشكِّ؛ إذ إنه ما دام الإنسان مفكِّرًا فهو شاكٌّ[٤١]، طبقًا لتعبير كاشفٍ للزركشي، لينتقل بعد ذلك إلى الدليل[٤٢].

وهذا النظر أو الاستدلال في البحث عن الأدلَّة وضبطها هو جوهر العمل

---

(٤١) البحر المحيط للزركشي، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م)، (١/ ٣٣).

(٤٢) نفسه (١/ ٣٤) وما بعدها.

الفقهي فيما يشير إليه التعريف الذي ينقله الآمدي للفقه بأنه: «العلم الحاصل بجملةٍ من الأحكام الشرعية الفروعية بالنظر والاستدلال»[٤٣].

ولذا يذكر الغزالي في «**المستصفى**» تميُّز علمي الفقه والأصول بازدواج العقل والسمع، واصطحاب الرأي والشرع في كلٍّ منهما؛ «فإنه يأخذ من صَفْوِ الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرُّف بمحض العقول، بحيث لا يتلقَّاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنيٌّ على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد»[٤٤]. ولم يخالف في اعتبار العقل من طرق المعرفة سوى قليلين، بينهم داود فيما يذكر الزركشي[٤٥].

وهو يميز في الأدلَّة المفيدة للمعرفة تمييزًا لا ينبئ عن أيِّ توتُّر أو تناقضٍ بين الأدلَّة السمعية (الكتاب والسُّنة والإجماع والمقايسة) والأدلَّة العقلية التي تشتمل على الاستقراء والاقتران والسبر والتقسيم والاستدلال بالمتفق فيه على المختلف عليه.

وترتبط هذه الأدلَّة العقلية بمدلولها لذاتها، وتدلُّ بنفسها عليه. ولا تفيد الأدلَّة السمعية القَطْعَ عند كثيرين، واختار الرازي أن تفيده إذا احتفَّت بها قرائنُ مشاهدة أو عقلية، وانقطعت عنها الاحتمالات العشرة المتعلِّقة بصدق الرواة، وصحَّة إعرابها، وتصريفها، وعدم الاشتراك أو المجاز في عباراتها، وانتفى التخصيص بالأشخاص أو الأزمان، وعدم الإضمار أو التقديم والتأخير، وعدم المعارض. وبهذا، فإن وزنَ الأدلَّة السمعية لمعرفة صحتها أو خطئها إنما يرجع فيه إلى النظر والاستدلال[٤٦].

وإذ يتكفَّل علم الكلام بإثبات مبادئ العلوم الدينية من صدق الرسول، وثبوت الخطاب من الله تعالى، واستناده فيما بلَّغ عن ربِّه إلى الوحي، وإقامة الحجَّة على ذلك؛ فإن على الأصولي أن يأخذ ذلك من المتكلِّم بالتقليد، لينظر

---

(٤٣) الإحكام للآمدي (١/ ٢٠).
(٤٤) المستصفى للغزالي (١/ ٣).
(٤٥) البحر المحيط (١/ ٣٩).
(٤٦) نفسه (١/ ٦١).

بعده في شروط صحَّة وروده عن الرسول، ووجوه دلالاته، وما إلى ذلك، طبقًا لما أوضحه الغزالي[٤٧].

وتكتمل نظرية المعرفة الأصولية باعترافها بحجيَّة المدركات الحسيَّة أو المشاهدات والملاحظات؛ إذ يشير كثيرٌ من الأصوليين إلى نوعٍ من الاعتراف العام بحجيَّة المدركات الحسيَّة والمشاهدة في مقابل حجيَّة المدركات العقلية النظرية، بل تتقدَّم البدهيَّات والحسيَّات على النظريَّات بلا شكٍّ، بتعبير الزركشي[٤٨].

أما الحفظ والتقليد فلا يوجب علمًا، وهؤلاء الذين يعنون بالحفظ أكثر من الحاجة لا يحصلون على طائل، وما أتاهم القصور إلا من سوء نظام التعليم فيما يذكر ابن خلدون[٤٩].

وبهذا تتكامل نظرية المعرفة الأصولية في اعترافها بحجيَّة المدركات الحسيَّة والأدلَّة السمعية والعقلية، ولا يتوقف الزركشي كثيرًا أمام المخالفين لدليل العقل، حيث يذكر أن «الذي عليه الإسلاميون وغيرهم أن العقول طرق المعلومات... وأنكرت ذلك طائفة من أهل الحديث، وقالوا لا يعرف شيء إلا من قول النبيِّ ﷺ».

ومع هذا، فإن النظر العقلي أعمُّ من النظر الشرعي فيما نبَّه عليه الجويني[٥٠]؛ للزوم تقيُّده بطبيعة الموضوعات التي ينظرها، واختصاصه بأوجه البيان والتفسير من جهة، والقياسات ومسالك العلل، والطرد والعكس، وما هو مبنيٌّ على الضرورات والحاجات الاجتماعية والاستدلال والاستصحاب وما إلى ذلك، من جهة أخرى.

وتتفاوت طرق المعلومات في إفادتها العلم القطعي أو الظني. والقطع - في تعريف الجويني - هو رفع احتمالات الخطأ، ولا تثبت عنده «أصول

---

(٤٧) المستصفى (١/ ٧).

(٤٨) البحر المحيط (١/ ٦٥).

(٤٩) المقدمة (١/ ٣٦٢).

(٥٠) نفسه (١/ ٦٧٨)، والبرهان (٢/ ٧٨٢).

الشريعة إلا بمستند قطعيٍّ»، وهو ما أكَّده الشاطبي فيما بعد، ويردُّ الجويني هذا الاستدلال بآية النساء: ﴿وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ [النساء: ١١٥] لحجيَّة الإجماع، بناءً على أن النصَّ محتملٌ للتأويل، «ولا يسوغ التمسُّك بالمحتملات في مطالب القطع»(٥١).

والأمر كذلك في الاستدلال على حجيَّة الإجماع بحديث: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»(٥٢)؛ لأنه من أخبار الآحاد، «ولا يجوز التعلُّق بها في القطعيات... وإذا لم يكن الحديث مقطوعًا به نقلًا، ولم يكن في نفسه نصًّا، فلا وجه للاحتجاج به في مظان القطع»(٥٣).

وإنما تثبت أكثر القواعد الأصولية على وجه القطع، كإثبات حجيَّة الكتاب والسُّنة والإجماع والقياس والاستناد إلى المصالح والأعراف، والعمل بظواهر النصوص وتخصيص العام وتقييد المطلق، طبقًا لما تفيده الأدلَّة الشرعية بوجه العموم.

وقد يقطع الدليل الاحتمالات بذاته ليفيد القطع، أو بمعاونة القرائن التي قد يرقى بها الدليل ليفيد القطع، والقرائن يمكن أن تكون حالية أو مقالية؛ فالمقصود من النصوص فيما يقرِّره الجويني: «الاستقلال بإفادة المعاني على قطع، مع انحسام جهات التأويلات، وانقطاع مسالك الاحتمالات، وهذا وإن كان بعيدًا حصولُه بوضع الصيغ ردًّا إلى اللغة، فما أكثر هذا الغرض مع القرائن الحالية والمقالية»(٥٤).

وتفتح فكرة القرائن الحالية والمقالية أبوابَ المقارنة مع فكرة السياق التي احتفى بها ستيفن أولمان في كتابه «**دور الكلمة في اللغة**» الذي ترجمه الدكتور كمال بشر في ستينيات القرن الماضي. وتتضافر القرائن المتعدِّدة وتتعاون فيما

---

(٥١) البرهان (١/ ٤٣٥).

(٥٢) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر، دراسة وتحقيق: أبي عبد الرحمن فواز أحمد زمرلي، مؤسسة الريان، دار ابن حزم، الطبعة الأولى (١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣هـ)، (٢/ ٥٩)

(٥٣) البرهان (١/ ٤٣٦)، والمستصفى (١/ ١٧٥).

(٥٤) البرهان (١/ ٢٧٨).

بينها ليحصل القطع من اجتماعها معًا، رغم أن آحادها لا تفيد سوى الظنِّ فيما أوضحه الغزالي[٥٥].

(ب) توظيف نظرية المعرفة الأصولية عند الشاطبي:

لا يحتاج المرء إلى كبير عناء لإدراك مقصود الشاطبي مما سمَّاه: «المقدمات العلمية المحتاج إليها في تمهيد المقصود» التي صدَّر بها موافقاته؛ ذلك أنه قد وجد بعض دوافعه إلى تأليف كتابه هذا في السعي إلى «التوفيق بين مذهبي ابن القاسم وأبي حنيفة»[٥٦]، والبُعْد عن التعصُّب لأيٍّ من المذاهب، ومفارقة «وَهد التقليد»، والارتقاء إلى «يفاع الاستبصار» والوقوف «وقفة المتخيرين، لا وقفة المتحيرين»[٥٧].

وقد توسل لهذا الهدف بصياغة هذه المقدمات العلمية التي تشكِّل عنده منهجية النظر الأصولي، والتي يؤدي اختبارها والاتفاق عليها إلى الحدِّ من الخلاف بين هذين المذهبين الفقهيين (أو بين المذاهب جميعها). والقاعدة الذهبية التي انطلق منها الشاطبي هي أن القواعد الأصولية مبنيةٌ إمَّا على المبادئ العقلية المفيدة للقطع وإن لم تستقل بنفسها[٥٨]، أو تلك المستنبطة باستقراء كليٍّ من أدلة الشريعة مما هو مفيد للقطع أيضًا.

وتهدف هذه القاعدة التأسيسية إلى استبعاد المظنونات المنتجة للخلاف بين المذاهب من الهيكل العامِّ لأصول الفقه. ويتفرع على هذه القاعدة اشتراطه إفادة القطع كذلك في المقدمات والأدلَّة المعتمدة في هذا العلم أيضًا[٥٩]. ويستبعد الشاطبي في تحديده المجال الحيويَّ لعلم أصول الفقه من مسائل هذا العلم ما لا تنبني عليه فروع فقهية، أو ما لا يفيد في العمل[٦٠].

---

(٥٥) المستصفى (٢/ ٤٢).

(٥٦) الموافقات للشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م)، (١/ ٦٠).

(٥٧) نفسه (١/ ٦١).

(٥٨) نفسه (١/ ٧٦).

(٥٩) نفسه (١/ ٧٤).

(٦٠) نفسه (١/ ٨٦-٩٢).

إن علم أصول الفقه ليس علمًا فلسفيًا أو نظريًا، بل هو علمٌ عمليٌ له وظيفته الخاصَّة في استنباط الأحكام الشرعية، وتتحدَّد صحَّة قواعده بالنظر إلى انطباقها على الواقع؛ فقاعدة رفع الحرج قاعدة صحيحة، لصدقها في الواقع[٦١]، أما «طلب رفع الخلاف» فلا يستقيم أن يكون قاعدة أصولية فيما نبَّه إليه، لصعوبة تجنُّب الآراء المتخالفة جميعها في التطبيق العملي، مع اتساع الخلاف وتشعبه[٦٢].

وتتسم منهجية النظر الأصولي عند الشاطبي على هذا بقيامها على أربعة محاور:

أولها: تعاضد العقل والنقل في هذا النظر، رغم التسليم بتبعية العقل للنقل.

والثاني: قطعية قواعد أصول الفقه ومقدماته والأدلَّة المعتمدة فيه.

والثالث: استبعاد المسائل الدخيلة عليه التي لا تنبني عليها فروع فقهية.

والرابع: ارتباط قواعده بالواقع العملي الذي تستمدُّ صحتها منه.

(ج) المبادئ الكلامية:

تشمل هذه المبادئ تعريفَ كلٍّ من الدليل والنظر والعلم والظن والتحسين والتقبيح.

أما الدليل فهو الذي يمكن التوصُّل به إلى مطلوبٍ خبريٍّ، سواء كان عقليًّا أو نصيًّا أو مركبًا منهما. ومن الدليل العقلي أن تقول: كل إنسان حيوان، وكل حيوان فان؛ إذن كل إنسان فان. فالمقدمة الأولى والثانية هي الدليل الموصل إلى النتيجة، وهي كل إنسان فان، فهذا هو المطلوب الخبري الموصول إليه بالدليل، والمركب من النص العقلي قولهم: النبيذ مسكر، وكل مسكر حرام؛ فيلزم عنه النبيذ حرام. وهو مركَّب لأن المقدمة «كل مسكر حرام» من السُّنة.

---

(٦١) الموافقات للشاطبي (١/ ٢٠٤).

(٦٢) نفسه (١/ ٢٤٢).

وأما النظر فهو الفكر والتصرف بالعقل لتحصيل ما ليس حاصلًا فيه. والعلم هو اليقين وحصول التمييز للحقائق حصولًا لا يتطرق إليه الاحتمال. وأما الظن فعبارة عن حصول التمييز للحقائق على نحوٍ لا قطع فيه.

وقد ثارت معركة صاخبة حول التحسين والتقبيح، ومستند الحكم على الأشياء، وما إذا كان مستند الحكم على الأشياء والتصرفات هو العقل أو الشرع:

وفي هذا ذهب المعتزلة إلى أن العقل يمكنه وحده بمعزلٍ عن النصوص أن يدرك الحسن والقبح في الأفعال، بحكم أن الحسن والقبح صفتان ذاتيتان للأفعال والأشياء؛ فالكذب قبيح في ذاته، والظلم وإيذاء الغير وخلف الوعد كذلك، والصدق والعدل والكرم والإحسان إلى الغير من المعاني الذاتية الحسنة التي يستقلُّ العقل بدركها قبل ورود نصوص الشرع. ويتفق منهج المعتزلة في هذا مع فلسفة القانون الطبيعي التي أرساها توماس الأكويني على ما قد ترد الإشارة إليه في مناسبة لاحقة.

أما الأشاعرة فقد خالفوا ذلك إلى القول بأنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود نصوص الشرع، فالنصوص هي التي تحدِّد الأحكام على الأفعال والتصرفات، وحسنها أو قبحها لا يرجع لمعنى في ذاتها، وإنما بإلحاق النصوص إياها لأيٍّ من هذين الوجهين.

ولعل وجهة المعتزلة أقربُ من الوجهة الأصولية إلى إطلاق الاجتهاد والرأي، على حين يتفق منحى الأشاعرة مع ما أراده الشافعي من قصر الحجيَّة على النصوص أو القياس عليها، ويلاحظ كذلك استمرار الخلاف بين الفريقين في الحقل الأصولي دون تأثُّر بالاتجاهات الفكرية والفلسفية الساعية إلى التوفيق بين النص والعقل، ورفع إمكان التعارض بينهما، على النحو الذي عبَّر عنه ابن رشد في كتابه الذي اتخذ عنوانًا دالًّا على قصده من كتابته، وهو: «**فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من اتصال**»، وابن طفيل في رسالته البالغة الأثر عن **حي بن يقظان** التي عبَّرت عن عدم التعارض بين العقل والنقل بأسلوبٍ قصصيٍّ أخَّاذ، وقد شارك ابن تيمية هو الآخر في الإعلان عن هذا الاتجاه التوفيقي في كتابه «**درء تعارض العقل والنقل**».

وقد نجد صدى هذا الاتجاه التوفيقي بين النصِّ والعقل لدى أولئك الذين توسَّعوا في اعتبار المصالح التي شهدت لها النصوص، مما نجده لدى كلٍّ من الجويني والغزالي والطوفي والعز بن عبد السلام بوجه عامٍّ، والشاطبي بوجه خاصٍّ؛ إذ يذكر الشاطبي في المقدمة العاشرة ما يبيِّن تعاضد العقل والنقل دون أن يختلَّ بهذا تقديم النقل على العقل وتبعية الثاني للأول، فيقول: «إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية، فعلى شرط أن يتقدَّم النقل فيكون متبوعًا، ويتأخَّر العقل فيكون تابعًا، فلا يسرح العقل في مجال النظر، إلا بقدر ما يسرحه النقل... فالعقل لا يحكم على النقل»، وتؤكد هذه المقدمة ما عبَّر عنه الشاطبي في المقدمة الثانية، عند حديثه عن علاقة العقل بالنقل[٦٣].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الأولوية التشريعية المفترضة للنص القرآني وتفسيراته الواردة في السُّنة والاجتهاد مبعثها لدى الفقهاء الكفاءة البادية لها في تنظيم الحياة الاجتماعية للدول الإسلامية المترامية الأطراف والممتدَّة في الزمان. وبهذا، فإن تبعية العقل للنصِّ لا تعني تهميش دور العقل أو الانتقاص من دوره بقدر توجهها إلى تحديد ملامح الإطار المنهجي الذي لا غنى فيه عن أيٍّ من هذين القطبين.

ويصلح هذا الاتجاه التوفيقي أن يشكِّل الإطار الأصولي العام لجهود الإصلاح التشريعي في العصر الحديث التي تحاول الجمع بين المصالح الاجتماعية المعقولة والتفسيرات المتنوِّعة للنصوص، وهو ما يستلزم بالضرورة إعادة مراجعة استمرار الكاتبين في الأصول - حتى المحدثين منهم - على الانحصار في دائرتي المعتزلة والأشاعرة فيما يتصل بتحديد المرجعية في الفلسفة التشريعية الإسلامية، وما إذا كانت للنقل أو العقل، ويستطيع هذا الاتجاه التوفيقي أن يقيم الأسس الأصولية للتجديد الفقهي في العصر الحديث.

(د) المبادئ اللغوية:

رغم أن الفقه الإسلامي وأصوله قد جرى التأليف فيهما بلغاتٍ أخرى غير

---

(٦٣) الموافقات (١/ ٩٠).

العربية، فإن الأصوليين لم يشيروا على أيٍّ نحوٍ إلى تأثير التأليف بهذه اللغات في النظر الأصولي والفقهي أو في الثقافة التشريعية العملية، كما أنهم لم يشيروا إلى مناهج الترجمة المعتمدة في نقل وترجمة المفاهيم الفقهية والأصولية المصوغة باللغة العربية، وهي اللغة الأمُّ التي كُتب بها الفقه والأصول. وليس هناك ما يدلُّ على أن هذا التنوُّع اللغويَّ كان محلَّ نظرٍ أو ذا أثر ملحوظٍ في مجرى التفكير الأصولي، وإنما تناول الأصوليون عوضًا عن ذلك عددًا من المبادئ اللغوية النظرية التي تبلورت في علوم النحو والاشتقاق واللغة، دون أن يظهر لأكثرها أيُّ أثر في النظر التشريعي العملي.

وتشمل هذه المبادئ قضية الوضع في دلالة الألفاظ على المعاني عند نشأة اللغة، وعلاقة اللفظ بمعناه، وأقسام الألفاظ والترادف، والاشتراك ومعاني الحروف.

أما الوضع فمعناه جعل اللغة عند نشأتها لفظًا لكل شيء يرمز إليه ويدلُّ عليه. وتجدر ملاحظة أن قضية الوضع من القضايا الأساسية في التفكير الأصولي، حتى لقد أثرت في تصوُّر الأصوليين لمفهوم الحقيقة والمجاز والعموم والخصوص؛ فالحقيقة هي استعمال الكلام في المعنى الموافق لما وضع له، والمجاز هو استخدام الكلام في معنى آخر مخالفٍ للمعنى الأصلي الذي وضع له، فلفظ أسد موضوع في أصل اللغة للحيوان المفترس، غير أنه إذا استخدم في الدلالة على الإنسان الشجاع فيكون ذلك من المجاز للانتقال بالكلمة عن المعنى الذي وُضِعت له إلى معنى آخر.

واللفظ الدالُّ على العموم هو المفيد بأصل الوضع للدلالة على الاستغراق والشمول لجميع أفراده، فكلمة «كل» تدلُّ بأصل وضعها على الجميع طبقًا لهذا التصوُّر.

ويساير الاعتماد على واضعٍ لأصل اللغة وألفاظها ومعانيها، ونسبة وضعها إلى الله تعالى؛ إطلاق قدرته، مع تيسير تنسيق البحث في دلالات الألفاظ ودلالات النصوص.

وتشمل المبادئ اللغوية كذلك تقسيم دلالات الألفاظ على معانيها – مما

يتداول في علم المنطق - إلى دلالة لفظية مطابقة كدلالة الإنسان على معناه، وتضمُّن كدلالة الإنسان على ما في معناه من الحيوان؛ وإلى دلالة غير لفظية، وهي دلالة الالتزام كدلالة لفظ الإنسان على ما هو خارج عن حقيقته كالمشي والحركة. وعلى الرغم من اشتراك دلالة التضمُّن والالتزام في افتقارهما إلى النظر العقلي، فإن دلالة التضمُّن تنصرف إلى جزء المعنى الداخل في مدلول اللفظ، على حين تنصرف دلالة الالتزام إلى ما هو خارج عن مدلول اللفظ.

وتتناول المقدمات اللغوية كذلك تقسيم المفردات التقسيم المعروف في علم النحو إلى أسماء وأفعال وحروف، فضلًا عن تعريف كلٍّ من المشترك والمترادف. أما المشترك فهو اللفظ الواحد الذي يدلُّ على معنيين مختلفين كالعين لبئر الماء والباصرة، وقد اهتمَّ الأصوليون ببحثه لوقوعه في القرآن من جهة، ولصلته بقضية الوضع في اللغة في التصوُّر السائد لديهم من جهة أخرى. وأما الترادف فمعناه تعدُّد الألفاظ الدالَّة على معنًى واحدٍ كالأسد والليث والهزبر، وتشمل المبادئ اللغوية كذلك تقسيم الألفاظ بحسب دلالاتها إلى حقيقة ومجاز، مع بيان أنواع الحقائق والمجازات، وتغيُّر الدلالات اللغوية للأسماء بالعرف والمواضعات الاجتماعية.

ولم يختلف التناول الشيعي لهذه المقدمات اللغوية؛ فالعلامة الحلِّي (ت: ٧٢٦هـ) يجمل في صدر كتابه **«مبادئ الوصول إلى علم الأصول»**[٦٤] هذه المقدمات ذاتها بالإشارة إلى الآراء المختلفة المتداولة في كتب الأصول السُّنية، وباستخدام المصطلحات ذاتها، وهو ما يدلُّ على تأثُّر الفكر الأصولي الشيعي بنظيره السُّني الذي كان قد تطور قبله بقرونٍ عديدة.

وينبغي أن يلاحظ أن هذه المقدمات لم تفد النظر الأصولي في الكشف عن الحكم الشرعي أو تطبيقه، وإنما هدفت إلى تقديم بعض الأُطر الأساسية للنظرية الأصولية، طبقًا لما استقرت عليه طرق التفكير في علوم اللغة والنحو

---

(٦٤) مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر، تحقيق: عبد الحسين محمد علي البقال، دار الأضواء، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م)، ص٦٤-٩٣.

والمنطق، ودونما إعادة التفكير في مدى اتساق هذه الأُطر مع ما يوجبه النظر الفقهي.

وعلى سبيل التوضيح، فإن علماء اللغة لم يتفقوا على نظرية الوضع اللغوي، ثم لا يبدو مع هذا أن لدى الأصوليين ما يدعوهم إلى التردُّد بشأنها، أو مناقشتها من وجه آخر. وقد يبدو التساؤل عن سِرِّ توارد الأصوليين على هذه النظرية المعيبة التي عقَّدت كثيرًا من المسائل التي بحثوها أسهلَ من تقديم إجابة قريبة إلى الصواب، باستثناء التسليم بإطلاق القدرة الإلهية، ورجوع الأفعال الإنسانية في جملتها إليه، خلافًا لما كان عليه الحال لدى المعتزلة.

وينتقد الشاطبي في المقدمة الرابعة من **موافقاته** اشتمال كتب الأصول على ما لا تعلُّق له بالفروع الفقهية تعلقًا مباشرًا، ويدعو إلى إقصاء «المسائل التي تكلَّم عليها المتأخرون وأدخلوها فيها، كمسألة ابتداء الوضع... وكفصولٍ كثيرة من النحو نحو معاني الحروف، وتقاسيم الاسم والفعل والحرف، والكلام على الحقيقة والمجاز، وما أشبه»[(٦٥)].

والمبدأ الذي ينطلق منه في هذا النقد أن: «كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروعٌ فقهية أو آداب شرعية، أو لا تكون عونًا في ذلك، فوضعها في أصول الفقه عارية، والذي يوضِّح ذلك أن هذا العلم لم يختص بإضافته إلى الفقه إلا لكونه مفيدًا له، ومحققًا للاجتهاد فيه، فإذا لم يفد ذلك فليس بأصل له، ولا يلزم على هذا أن يكون كل ما انبنى عليه فرع فقهيٌّ من جملة أصول الفقه؛ وإلا أدى ذلك إلى أن يكون سائر العلوم من أصول الفقه: كعلم النحو، واللغة، والاشتقاق، والتصريف، والمعاني، والبيان، والعدد، والمساحة، والحديث، وغير ذلك من العلوم التي يتوقف عليها تحقيقُ الفقه، وينبني عليها من مسائله، وليس كذلك؛ فليس كل ما يفتقر إليه الفقه يُعَدُّ من أصوله، وإنما اللازم أن كل أصلٍ يضاف إلى الفقه لا ينبني عليه فقه فليس بأصلٍ له».

---

(٦٥) الموافقات (١/ ٣٦).

(هـ) المبادئ الفقهية:

يتناول الأصوليون تحت هذا العنوان الأسسَ التي يقوم عليها التفكير الفقهي والأصولي، وأعرض لعناوينها فحسب؛ لأن بعضها مما يرد تفصيله فيما بعد، على حين يمكن الاستغناء عن تفصيل بعضها الآخر في هذه الدراسة التي لا تهدف إلى الاستقصاء، وهذه المقدمات هي:

(١) **رجوع الحكم الشرعي إلى الله سبحانه وتعالى**: فلا حاكم سواه، ولا حكم إلا ما حكم به. ويتفرَّع هذا على الأصل السابق الذكر والقاضي بأن العقل ليس مصدر التحسين والتقبيح للأفعال والأشياء، وإنما مصدر هذا التحسين أو التقبيح هو الشرع. وهذا هو مذهب الأشاعرة الذي انتهى العلم الأصولي إلى ترجيحه والاستقرار عليه، واعتباره من الثوابت الأساسية للنظرية الأصولية، ويتفرع على هذا الأصل كذلك أنه لا حكم قبل ورود الشرع.

وقد اشتمل التطوُّر الأصولي على ما يمكن أن يكون تعديلًا لهذه القاعدة فيما أثاره من قضية التفريق بين العبادات والمقدرات المنصوص على أحكامها، وما أشبه ذلك مما لا يستقلُّ العقل بإدراك أحكامه، وما سواه من الأحكام والإجراءات والنُّظُم التي للعقل مدخلٌ في تحديد أحكامها، مع تقيُّده في هذا بمبادئ العدالة والكرامة الإنسانية والحقوق الأساسية التي أوجبت النصوصُ حمايتَها والحفاظ عليها، وهذا هو ما يوجبه استقراء النصوص، والفهم المباشر لمراميها ومقاصدها.

(٢) **رجوع وجوب شُكْر المُنْعِم إلى السَّمْعِ والنصوص الشرعية لا إلى العقل**: وهذا هو مذهب الأشاعرة الذي توقف عنده التفكير الأصولي دون أن يتطور بالإفادة من الاتجاه التوفيقي الذي حقَّق نجاحًا بالغًا في القضاء على ادعاءات التعارض بينهما، ووجوب الانحياز لأحدهما، وينبغي تقدير ما أدى إليه هذا الاتجاه التوفيقي في إشاعة روح التسامح في الغرب وإنهاء الصراع بين الكاثوليك المحافظين الداعين إلى التمسُّك بحرفيَّة النصوص والبروتستانت الذين انحازوا إلى التفكير العقلي، وذلك بعد أن تُرجمت رسالة «**حي بن يقظان**» إلى اللاتينية والإنجليزية في القرن السابع عشر وما بعده على النحو

الذي برهنتْ عليه بتفاصيلَ دقيقةٍ ومتنوِّعةٍ مؤلِّفةُ مصحف جيفرسون الدكتورة دينيس شبللبرج[٦٦].

(٣) حقيقة الحكم الشرعي وأقسامه وقضية العلاقة بين الفرض والواجب حسبما يأتي تفصيله في مناسبته من الفصل التالي.

وعلى الرغم من اختلاف المؤلفات الأصولية في الإضافة إلى هذه المقدمات والزيادة عليها أو الحذف منها، فإن أكثرها مما تواردت عليه هذه المؤلفات.

(٩) أسلوب الكتابة الأصولية:

تتسم الكتابة الأصولية - كما تقدَّم - بالتركيز على القواعد المجرَّدة العامَّة، وعدم الالتفات إلى ضرب الأمثلة الفقهية لتوضيح هذه القواعد وربطها بفروع الفقه ومسائله، وقد أدى هذا - في أحيانٍ كثيرة - إلى استشعار صعوبة قراءة المؤلفات الأصولية.

وتتبع هذه المؤلفات كذلك التعريفَ بالحدِّ المنطقيِّ المبنيِّ على الجنس والفصل لتحديد ماهية المعرَّف وحقيقته، مما أدى إلى الاهتمام بتناول بحوثٍ لفظيَّة ومناقشاتٍ منطقيَّة لا طائل منها، مما أدى إلى المزيد من الغموض، وشغل مساحة كبيرة في عقد المقارنات بين الألفاظ حتى ضاعت المعاني الصحيحة في كثيرٍ من الأحيان.

وإذا كان الموضوع الأساسي لعلم أصول الفقه هو الأدلَّة الأصلية والتبعية، وطرق استنباط الأحكام منها وآليات تطبيقها، فلا يخفى على المطالِع للمؤلفات الأصولية شيوع «**الأسلوب الجدلي**» القائم على العناية بتسجيل وجهات النظر المتباينة في القاعدة، مع ذكر الأدلَّة التي تستند إليها كلٌّ من وجهات النظر المختلفة، وإثارة الاعتراض عليها، والرد على الاعتراضات

(٦٦) Denise A. Spellberg's Thomas Jefferson's Qura'n: Islam and the Founders (17).

المثارة، حتى يصير الأمر وكأننا في مناظرةٍ حيَّة ترتفع فيها الأصوات وتتعدَّد وجهات النظر والأدلة.

وإنما اتبعت المؤلفات الأصولية هذا الأسلوبَ للدفاع عن مذاهب مؤلفيها في ظروف حمَّى التعصُّب المذهبي، الذي كان يستوجب الدفاع عن المذهب الذي يتبعه المؤلف بالحقِّ أو بغيره. ولذا ينتقد الغزالي في «**الإحياء**» الإسرافَ في المناظرة والخلاف، ويطالب المشتبكين في الجدل بألَّا ينجروا وراء أهوائهم في بلوغ الهدف من المناظرة، وهو كسب الخصوم وإفحامهم والانتصار عليهم. وقد أكَّد الغزالي وجوب أن يكون الهدف من المناظرة هو إظهار الحقِّ، سواء جرى ذلك على أيديهم أو على أيدي من يناظرونهم.

ومن الواضح أن الرغبة في تأييد المذهب والدفاع عنه ضد خصومه وتسجيل التفوق العلمي للقائمين على المذهب كانت وراء حدَّة المناظرات أحيانًا، كما كان من آثارها تأكيد قدرة الأجيال الجديدة من شباب العلماء على الدفاع عن المذاهب التي ينتمون إليها.

ويؤكِّد جورج مقدسي (George Makdisi) أن الشاب كان يتعيَّن عليه الدخول في مناظرة علمية إن رغب في إثبات منزلته العلمية والمشاركة في المسؤوليات العملية.

وقد تطور علم الخلاف حتى أصبحت له قواعده وأصوله في فترة تطوُّر التأليف الأصولي، وانعكس ذلك في الكتابة الأصولية التي بدا تأثرها بقواعد هذا العلم وبروح المناظرة، وانعكس ذلك في ترجيح الآراء الخلافية بمقتضى الانتماء المذهبي، وليس على وفق قوة الأدلة التي تثيرها المناظرة. حسبما يدلُّ عليه تميُّز الكتب الأصولية بما يلي:

(أ) ذكر الآراء المختلفة والتعريفات العديدة للمصطلحات.

(ب) سَرْد الاستدلالات العقلية والنقلية لهذه الآراء وتوجيهها دون كَللٍ، سواء ما صحَّ منها أو لم يصح.

(ج) تفصيل الاعتراضات الواردة على كل رأي مع ردِّ ما يقبل الردَّ منها والانتصار لما يميل إليه المؤلف.

وقد ضمن الاحتفاظَ بالأسلوب الجدلي في المؤلفات الأصولية المتأخرة - على الرغم من بُعْدِ وقت تأليفها عن زمان ظهور المناظرات وحدَّتها - عددٌ من العوامل، من بينها سيطرة أسلوب التأليف في الكتب المعتمدة والإعجاب بها وتقليدها والتوارد عليها تدريسًا وحفظًا وشرحًا واختصارًا وتَحْشِيةً فضلًا عن الحيوية التي ينعم بها هذا الأسلوب الجدلي، وملاءمته لسرد الآراء المختلفة والاحتجاج لها أو عليها.

وفي اعتقادي أن الوعي بأسلوب التأليف الأصولي على هذا النحوِ من شأنه أن ييسِّر الاطلاع على المؤلفات الأصولية المعتمدة.

(١٠) علم الأصول والمقاصد الشرعية:

تمايزت في تاريخ الفقه الإسلامي مجموعتان من الفقهاء:

أولاهما: أهل الحديث والظاهرية، وبعض الحنابلة ممَّن يتشبثون بحرفيَّة النصوص، ويعادون إعمال الرأي إلا في تنزيل النص على الوقائع المشابهة التي يشملها النص.

والأخرى: أهل الرأي الذين يمدون أحكام النصوص إلى المعاني المناسبة والمقصودة لها.

وقد ظهر هذا الانقسام منذ القرن الأول، حيث كان يُنظَر إلى مدرسة المدينة باعتبارها مدرسة الحديث، على حين مثَّلت مدرسة الكوفة أهل الرأي، ويفرِّق هؤلاء الأخيرون بعد ما لحق بهم من تطوُّر بين العبادات التي لا مجال للرأي فيها، فالحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة، وبين المعاملات التي ترد أحكامها لتحقيق مقاصد معينة، وتدور أحكامها تبعًا لهذه المقاصد.

ويبرهن الشاطبي على قبول الأحكام الشرعية للتعليل والبحث عن المقاصد والمصالح التي أرادت هذه الأحكام تحقيقها بالرجوع إلى القرآن ذاته[٦٧]. وقد رأى الظاهرية في قبول الأحكام الشرعية للتعليل خطرًا يلزم تجنُّبه

---

(٦٧) الموافقات (٢/ ٧).

بقصر هممهم على إعمال المعنى الظاهر للنصوص، والتشبُّث بأفعال الصحابة، وإنكار البحث عن العلل والمصالح، وهم بهذا يقعون في مأزق منهجيٍّ شديد الصعوبة، من جهة تناهي النصوص وعدم تناهي الوقائع، مما يلزم عنه عدم قدرة الشريعة على ملاحقة الوقائع المتجدِّدة.

ومن هذا تتضح مركزية مبدأ التعليل، واستناده إلى براهين عديدة من النصوص، وإلى مبدأ الضرورة أيضًا، من حيث لزومه للتطبيق الشرعي على مرِّ العصور، وبالاستجابة للحاجات الاجتماعية المختلفة.

وسنرى فيما بعد - عند بحث القياس - تنوُّع العلَّة التي تربط الفرع بالأصل لتشمل كلًّا من الوصف المؤثر في الحكم والوصف المناسب للحكم، وهو المصلحة المقصودة من شرع الحكم.

ويلزم أن يلاحظ أن القياس بالوصف المؤثر يوجب نقل الحكم من الأصل إلى الفرع، أي من حالةٍ جزئية إلى حالةٍ جزئية أخرى، على حين أن المناسب ينقل الحكم إلى جميع الحالات المماثلة، ليقيم مبدأً عامًّا.

ويجب التفطُّن إلى أهمية هذا الاستنتاج في النظر الأصولي. وعلى سبيل التوضيح، فإن الخمر محرَّمةٌ للإسكار، وهذا وصف مؤثر يستوجب نقل الحرمة إلى الحشيش أو الأفيون، غير أن التعليل بالحفاظ على العقل يستوجب صياغة مبدأ عامٍّ هو: قصد الشرع إلى الحفاظ على العقل، مما يتفرع عنه وجوب اتخاذ كل ما يلزم من إجراءاتٍ لحفظ العقل وقدرته على أداء وظائفه المتوقَّعة منه، وسيحرم كل ما يهدِّد هذه المصلحة، من ضوضاء أو تشويش أو سياسات إعلامية بائسة تهدِّد القدرة على التفكير المتوازن للأفراد والمجتمعات.

إن الوظيفة الأصولية للمقاصد متكاملةٌ مع المباحث الأخرى لعلم الأصول، وهي جزءٌ من هذا العلم وليست بديلًا له.

(١١) التأليف الأصولي في العصر الحديث:

تتمثَّل التحديات التشريعية المعاصرة في فرض القوانين الغربية، وإلجاء الفقه الإسلامي إلى مجال الأحوال الشخصية، والحاجة الماسَّة في البلاد

الإسلامية إلى تطوير إدارة العدالة في هذه البلاد بعد وضوح فشل تجربة الاستمداد من القوانين الغربية، وتكريسها للتخلُّف والاستبداد. وهي نتيجة حتمية لاستنباتها في غير تربتها، وضعف بنائها الفلسفي والأصولي الذي تقوم عليه، وتشتُّت أنساقها الفكرية والخلقية والدينية، مما ترتَّب عليه ما نلاحظه من هشاشةٍ في الأداء مع عدم اتزانٍ في العلاقة بين مؤسسات العدالة من جهة، وبينها وبين مؤسسات القوة في الدولة من جهة أخرى.

وهو ما يحتِّم إعادة البحث عن بناءٍ أصوليٍّ هدفه في المقام الأول إرساء أُسس العدالة التي تستحقها مجتمعاتنا، والتي أكَّدتها نصوص القرآن وعمل لها فقهاؤنا الكبار في انسجامٍ تامٍّ مع تطوُّر أبنية هذه المجتمعات ومؤسساتها على مرِّ التاريخ.

ورغم ضخامة هذه المسؤولية التي تمليها تبعات التحولات التشريعية اللازمة لتحقيق استقلالنا التشريعي الذي يمثِّل بوابة الاستقلال الاقتصادي والسياسي، فما تزال المؤلفات الأصولية التي يكتبها أساتذة الشريعة في الأزهر وكليات الحقوق والجامعات الإسلامية بعيدةً عن استشراف آفاق التصدي لهذا الواجب، أو حتى مجرَّد العمل على فهمه؛ إذ ما تزال هذه المؤلفات الأصولية المعاصرة تناقش بوجه العموم القضايا ذاتها، وبالمنهج نفسه الذي أُنضج في مستصفى الغزالي؛ ولهذا لا تتناول هذه المؤلفات قضايا التقنين وأساليبه وآثاره، والعلاقة بين الأحكام التكليفية والوضعية في الفقه والفكر القانوني، ومشروعية الاجتهاد والمقارنة والتنظير، ومناهجها المقبولة، والثابت والمتغيِّر في التطوُّر التشريعي، والتمذهب وأساليب الإفادة من المذاهب المختلفة، وأساليب الحفاظ على حرية الاجتهاد واستقلال مؤسساته بما يمنع تغول السلطة التنفيذية مما حافظ عليه الفقهاء في الماضي، وما إلى ذلك من قضايا يلزم تناولها من الوجهة الأصولية.

وسيدخل علم أصول الفقه إذا اتسع لكلٍّ هذا في حلبة الجدال المحتدم الآن بين التقليديين والإصلاحيين والحداثيين المقلِّدين للنموذج الغربي بكل أثقاله حول مستقبل التطبيق الشرعي والقانوني.

ورغم كثرة الجهود المبذولة في الكتابة حول الإصلاح التشريعي، وحول

تجديد أصول الفقه أيضًا، فإن الكتابات الأصولية المعاصرة - وإن أكّدت التوافق بين نصوص الشرع والعقل وأعادت توظيف هذا التوافق في المجالات التشريعية مثلما هو الحال عند محمد عبده - لا تنطلق في عملها من نقد مناهج التشريع القائمة، والبحث عن حلولٍ لعدم اتساق أبنيتها ومنطقها وفلسفتها، وانعكاس عدم التوازن بين العمل التشريعي والفقهي وسلطات الدولة على قضايا التنمية والتقدُّم في المجتمع.

لقد تواردت إشاراتٌ عديدة إلى ارتفاع رسوم التقاضي بما يفوق قدرة المتخاصمين أحيانًا، وإلى تزايد أعداد القضايا باطراد غير مبرَّر، وإلى التأخير في الفصل في القضايا إلى حدودٍ تعوق العدالة، وتعقد الإجراءات، ومناقضة أحكام القضاة لكثيرٍ من المصالح الاجتماعية الثابتة؛ مما يشير إلى خللٍ فادحٍ وبنيويٍّ في إدارة العدالة في مجتمعاتنا، ويتعيَّن معه على الأصولي أن يضعه في نظره إن أراد لعلمه أن يكون علمًا نافعًا يخدم المجتمع ويتناغم مع قضاياه.

ولن يمكن وصف المؤلفات الأصولية المعاصرة في هذا الحيز المحدود، وإن أمكن الاستعاضة عن ذلك باختيار عددٍ من النماذج الدالَّة على الاتجاهات العامَّة السائدة.

(أ) الاتجاه التراثي:

تولَّت النظرية الأصولية عبر العصور - في المقام الأول - الحفاظَ على البنية التشريعية التي وعتها نصوص القرآن والسُّنة، على اعتبار أن هذه البنية وحدها هي التي تشكِّل الإطار التشريعي الذي يوحِّد الأمَّة ويمكِّنها من الاتفاق عليه.

وقد أفسحت هذه النظرية - في الوقت نفسه - مكانًا يضيق ويتسع للمصالح الاجتماعية، سواء في المؤلفات الأصولية ذاتها أو بتفصيلٍ أكثر في كتب القواعد الفقهية التي أفردت للعرف والاستصحاب مكانًا في الصدارة. وقد حافظت النظرية الأصولية كذلك على استقلال الاجتهاد عن الدولة، ولم تراعِ إلَّا الشروط التي تحقِّق كفاءة المجتهد في القيام بعمله، دون أن تعطي الحقَّ في مراعاة هذه الشروط إلا للمجتهدين أنفسهم.

ويجدر القول بأن النظرية الأصولية أهملت بدرجةٍ كبيرةٍ أعمالَ محاكم

الحسبة والقضاء والمظالم، مثلما أهملت كذلك جهود التقنين في العصور السابقة، وإن لم تقف حجر عثرة في سبيل التجديد التشريعي في مجالات الأحوال الشخصية في العصر الحديث. واستطاع المحدثون توظيف آليات التخيُّر والتلفيق والاجتهاد لإنجاز مشروعاتهم الإصلاحية في هذه المجالات.

وهذه القوة التي اكتسبتها هذه النظرية عبر العصور هي التي أدت إلى شيوع الاتجاه التقليدي في الكتابات الأصولية الحديثة بين المؤلفين الأكاديميين الذين تتجه كتاباتهم إلى طلبة القانون والكليات والجامعات الإسلامية. وسأختار هنا كتابًا شهيرًا للتعبير عن هذا الاتجاه، وهو كتاب الشيخ محمد أبو النور زهير الذي حظي كتابه في أصول الفقه بشهرةٍ واسعةٍ بين طلَّابه في جامعة الأزهر، وهو هذا الكتاب الذي نشرته المكتبة الأزهرية للتراث بالقاهرة، وصدر في أربعة أجزاء بعنوان: «**أصول الفقه**».

وفي المقدمة التي كتبها الدكتور علي جمعة، المفتي الأسبق، وصفٌ للمؤلف بأنه: «العلَّامة الأوحد الفقيه الأصولي»، ووصفٌ للكتاب بأنه «فريد في بابه». ومع ذلك، فلا يزيد هذا الكتاب أن يكون حاشيةً على شرح الإسنوي المسمَّى: «**نهاية السول شرح منهاج الأصول للبيضاوي**»، الذي كان مقررًا لتدريس مادة أصول الفقه بالأزهر، وقد يسَّرت هذه الحاشية على الطلاب كثيرًا مما صعب عليهم، وجعل الطلاب يستسيغون أصول الفقه «بعد أن كانوا لا يذوقون له طعمًا»، طبقًا لما جاء في هذه المقدمة أيضًا.

وإذا استندت هذه الحاشية إلى الإسنوي والبيضاوي اللذين استندا إلى تاج الدين الأرموي في كتابه «**الحاصل**»، المستند إلى «**المحصول**» للرازي، المستند بدوره إلى «**المستصفى**» للغزالي و«**المعتمد**» لأبي الحسين البصري[٦٨]؛ فإن علينا ألَّا نتوقَّع في هذه الحاشية جديدًا من أيِّ وجه؛ إذ لا يحيد المؤلف عمَّا في منهاج البيضاوي وشرحه للإسنوي من إيراد التعريفات والتقسيمات والاعتراضات واختلافات الأشاعرة والمعتزلة وأدلتهما.

---

(٦٨) راجع: مقدمة شرح البدخشي على شرح الإسنوي على منهاج البيضاوي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، (١/ ١٠).

ولا يتوقَّف الشيخ أمام المصلحة، رغم إفراده كتابًا للأدلَّة المختلف فيها[٦٩]، وإن توقَّف أمام الاستحسان لردِّه ضمن الباب الذي عقده بعنوان: في الأدلَّة المردودة[٧٠]. وإنما ينتمي هذا الكتاب بتكراره ما جاء في مدونات الأصول المعتمدة إلى الإطار الزمني الذي صدرت فيه هذه المدونات، مما لا تميُّز له عن غيره في هذا.

(ب) الاتجاه التقليدي الإصلاحي:

يتكئ هذا الاتجاه مثل سابقه على التراث الأصولي الذي عبَّرت عنه المدونات الأصولية، ولا يخرج عمَّا جاء فيها بوجه الإجمال. ومع ذلك، يتميَّز هذا الاتجاه باستشعاره الحاجة إلى التجديد الفقهي في المجالات التي ما يزال يجري تطبيقه فيها، وإقداره على استعادة الأرض التي فقدها.

وقد ولَّد الوعي بهذه الحاجة لدى أصحاب هذا الاتجاه قراءةً أكثر حريةً للتراث، تتجاوز أن تكون شرحًا أو حاشيةً لأيٍّ من أعماله المعتمدة، وتشبه أن تكون إعادة تركيب لمفرداته، بما يؤدي إلى تكوين نسقٍ عامٍّ فيه من الاتفاق والاختلاف مع التراث ما يمكِّنه من أداء الوظائف الجديدة التي فُرضت عليه في ظروف غلبة استمداد البلاد الإسلامية من القوانين الغربية.

وقد غلب هذا الاتجاه بالتأكيد لدى جيل الروَّاد من أساتذة مدرسة الحقوق الخديوية وكليات الحقوق بعدها، وسأختار للتعبير عن هذا الاتجاه التعليق على كتب: محمد أبو زهرة، ومصطفى شلبي، وعبد الوهاب خلاف.

أما كتاب الشيخ محمد أبو زهرة الذي أصدرته دار الفكر العربي بعنوان: **«أصول الفقه»**، فإنه يتجه في المقام الأول لطلبة كلية الحقوق لهدفين لخَّصهما في مقدمة كتابه:

أولهما: تعليميٌّ، يتعلَّق ببيان مناهج الأئمَّة المجتهدين في استنباطهم فقههم الذي توارثناه.

---

(٦٩) محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، نشر المكتبة الأزهرية للتراث، (٤/ ١٤٥) وما بعدها.
(٧٠) نفسه (٤/ ١٥٨).

والآخر: عمليٌّ، يتمثَّل في معاونة طلاب كليات الحقوق على «تطبيق الأحكام الشرعية في الأسرة... فإن من يطبق أحكام الشريعة في أيِّ ناحية من نواحيها لا بدَّ أن يعرف مصادرها ومواردها... ليستطيع أن يفهم أقوال الماضين، ويدرك أسلمها وأقربها إلى المنهاج، ولا يستطيع أن يخرج عليها... من غير أن يبتعد عن مقاصد الشريعة، وغاياتها، ولا يتجاوز حدودها»[٧١]. بل إن هذا العلم لازمٌ كذلك من الوجهة العملية «لفهم القوانين نفسها حق الفهم؛ ذلك لأنه يبيِّن دلالات الألفاظ.... وكل مفسِّر للقوانين يحتاج إلى ذلك»[٧٢].

وينطلق أبو زهرة بعد تحديد أهدافه التعليمية والعملية إلى إثبات الأصل السُّني لعلم الأصول في مقدمة تاريخية موجزة. ورغم ما يوحي به تحديد الأهداف على هذا النحو، فإن هذا الأستاذ الجليل لم يخرج في كثيرٍ مما تناوله عمَّا ورد في المدونات الأصولية المعتمدة بوجه العموم، وإن لم يشغل نفسه بالجدالات التي احتشد لها معاصره الشيخ زهير.

ويضيف أبو زهرة عددًا من المباحث ذات الدلالة الواضحة على تطوُّر البحث الأصولي في العصر الحديث، من ذلك أنه يخصِّص بين الأدلَّة الشرعية حيزًا مناسبًا للاستحسان، لينتهي إلى اعتباره والأخذ به بعد تحديد مفهومه على النهج الحنفي الذي كان القصد منه صرف هجوم الشافعي على الدليل الذي ميَّز هذا المذهب، وطبع منهجه الأصولي، مما سأوضِّحه فيما بعد.

ومن أهم إضافات الأستاذ اعتباره للعُرف بين الأدلَّة، واستخلاصه تأثُّر الأقيسة الفقهية بالعُرف[٧٣]. ورغم أن هذا مما قد لا يُسلَّم له، بحكم تفرُّع العُرف عن المصالح لا عن الأقيسة، فلا شكَّ في أهمية إدراج العُرف ضمن الأدلَّة الشرعية - من الوجهة العملية - في التقنين والمقارنة والتحليل الفقهي، وهو أمر قد تأخَّر الاعتراف به ضمن النظرية الأصولية.

ويدرج الأستاذ مبحثًا آخر عن المقاصد الشرعية، مما قد يكون أبعد تأثيرًا

---

(٧١) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون تاريخ)، ص٤.

(٧٢) نفسه، ص٤.

(٧٣) نفسه، ص٢١٨.

في ابتعاده عن الإطار التقليدي للنظرية الأصولية. ويلفت النظر بالتأكيد توسُّعه في المقاصد لتشمل كلًّا من قواعد الرحمة وإقامة العدل بين الناس، والحفاظ على حرية التدين والعمل والفكر والرأي وحرية الإقامة والانتقال والكرامة الإنسانية، فضلًا عن العدالة الاجتماعية، وينتهي الأستاذ الجليل من هذا كلِّه إلى أن «الأحكام الشرعية وعاء المصالح الحقيقية، وأنه لا حكم جاء به الإسلام إلا وفيه مصلحة لبني الإنسان»(٧٤). وينتهي في الموضع ذاته إلى أن الخلاف بين الفقهاء في جواز تعليل الأحكام بالمصالح خلافٌ لفظيٌّ، وأنهم جميعًا يثبتونه.

ولا أدري كيف له أن ينتهي إلى هذا الرأي ثم يتحدَّث عن إرسال النصوص بعض المصالح وتركها دون بيانِ حكمٍ لها، وذلك عند حديثه عن المصالح المرسلة(٧٥). وسينشأ عن هذه المراوحةِ بين مفهوم المصالح المرسلة والمقاصد على الأقل نوعٌ من الغموض في العلاقة بين المقاصد وأصول الفقه، وقد كان من الممكن كشفُ هذا الغموض عن طريق استبدال المصالح في عمومها بالمصالح المرسلة، خاصةً مع تسليم الشيخ برعاية الشرع للمصالح، وأن الأحكام الشرعية «وعاء المصالح الحقيقية، وأنه لا حكم جاء به الإسلام إلا وفيه مصلحة لبني الإنسان»، بحسب تعبيره السابق الذكر قبل قليل. ويمكن دمج المقاصد في الأصول وإعمالها في الوصول إلى الحكم الشرعي بتجويز تعليل الأحكام بالمصالح، وهو ما انتهى إليه الأستاذ نفسه حين قرَّر لفظيَّة الخلاف بين الفقهاء في هذا الأمر.

لقد تعرض أبو زهرة في كلية الحقوق لبيئةٍ مختلفةٍ في أقل ما توصف به، أو مناوئة، بحكم عناية هذه الكلية بالدراسة القانونية أساسًا، وكان عليه أن يبحث عن جميع الأسلحة المفيدة في المواجهة، وفي هذا استفاد كثيرًا مما قدَّمه محمد عبده، وخير الدين التونسي، وعلال الفاسي، الذين عنوا بالمقاصد الشرعية، كما استفاد كذلك من الدراسات القانونية التي تُبرز للعرف مكانًا في الصدارة بين مصادر القاعدة القانونية.

---

(٧٤) أصول الفقه لأبي زهرة، ص٢٩٤.

(٧٥) نفسه، ص٢١٩ وما بعدها.

وهكذا لم يمنع التناول التقليدي الواعي بالتراث أبا زهرة من الاستجابة للتحديات التي وجد نفسه في مواجهتها بعد انتقاله لكلية الحقوق، مدرسًا لعلوم الشريعة بها.

ولا يختلف كتاب الشيخ مصطفى شلبي، الذي جاء هو الآخر بعنوان: «**أصول الفقه الإسلامي**» عن سابقه؛ ففيه إشارة في مقدمته كذلك إلى توجُّهه بكتابه لطلاب القانون الذين تمسُّ حاجتهم لهذا العلم، من جهة أن «حاجتهم إليه لا تقلُّ عن حاجة طلاب الفقه، وخاصةً عندما يوكل إليهم أمر تطبيق القوانين، التي هي نصوص آمرة، وأخرى ناهية، فيها العام والخاص والمطلق والمقيد، وواضح الدلالة وخفيها، وفيها السابق واللاحق، ولا تخلو من وقوع التعارض بينها، كما تختلف كيفيات دلالتها على معانيها، ولها منطوق ومفهوم، فيه الموافق والمخالف...»[٧٦].

ويعكس التناول الذي سار عليه الكتاب تأثرًا أكبرَ بأساليب العرض التقليدية المتبعة في التراث، على النحو الذي يبرز في الإسراف في التعريفات لغةً واصطلاحًا، وفي العناية بشرحها، وإبراز القيود والمحترزات، والاستطراد إلى مسائل وآراء وخلافاتٍ وتقسيماتٍ لا ضرورة تدعو إليها في ظروف التفكير الفقهي المعاصر، ولا ييسِّر هذا النهج أداء الواجبات العملية التي يضطلع بها هذا التفكير.

ومع هذا، فإن في هذا الكتاب ومضاتٍ تستحقُّ الالتفات إليها. وعلى سبيل التوضيح، فإن المؤلف يستغرق في قريبٍ من (٢٣) صحيفةً عند تناوله للدليل الأول - وهو القرآن - في بحثِ عددٍ كبير من المسائل الكلامية التي يجدر بحثها في علوم القرآن أو الكلام؛ من تعريفٍ للقرآن، وشرحٍ للتعريف، وما يثبت به القرآن، والاستدلال بالقراءة غير المتواترة، وطريقة نزول القرآن، وترتيب الآيات والسُّور، ومسألة جمع القرآن، وإعجازه، ووجوه هذا الإعجاز؛ كي يتناول بعد ذلك في خمس صفحاتٍ موضوعًا ذا صلة وثيقة بمصدرية القرآن في التشريع، وهو أسلوبه في بيان الأحكام[٧٧].

---

(٧٦) مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، نشر مكتبة النصر، (١٩٩١م)، ص٢٥.
(٧٧) نفسه، ص١١٤-١١٩.

ويختلط المنهج الكلامي بالفقهي التشريعي والتاريخي في مباحث الأدلَّة المختلف فيها، مع عناية واضحة باختلاف الآراء في حجيتها، وبرصد الأدلة المألوفة على الآراء المتعارضة، مما يعوق تشكيل إطار عامٍّ لعمل هذه الأدلَّة في السياق التشريعي الحديث.

ويجب توجيه عناية خاصَّة لجهود عبد الوهاب خلاف (ت: ١٩٥٦م) في مجال علم أصول الفقه؛ نظرًا لتأثيره في طلابه العاملين في مجالات القضاء والتشريع في الوطن العربي، وللشيخ في هذا العلم أربعة مؤلفات، مما يدلُّ على انشغاله الشديد بأصول الفقه: أولها بعنوان: «**أصول الفقه**»[٧٨]، والثاني: «**مصادر التشريع فيما لا نص فيه**»[٧٩]، والثالث: «**الاجتهاد في الشريعة الإسلامية**»[٨٠]، والرابع: عن «**الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح**».

ويهدف خلاف من خطته الأصولية إلى تقديم يد العون للساعين إلى تحقيق الوحدة القانونية للأمَّة العربية، مستندًا في تحقيق هذا الأمل إلى أن الطرق التي حدَّدها الشرع لاستنباط الأحكام فيما لا نصَّ فيه مرنةٌ وخصبةٌ وصالحةٌ لأن تساير مصالح الناس لو فُهِمت على وجهها الصحيح، ولتحقيق الوحدة المنشودة، وسنِّ القوانين التي تلائم البيئات العربية على اختلافها[٨١].

وتتألف خطَّة خلاف هذه من عددٍ من المبادئ، من بينها وجوب الاجتهاد على الكفاية: «أي أنه لا يجب أن يخلو عصر... من أهل الاجتهاد المطلق... ووجود أهل الاجتهاد المطلق في زمنٍ لا يغني عن وجوب وجودهم في زمنٍ آخر»[٨٢]، وعلى المجتهد إن لم يجد نصًّا أو ظاهرًا من القرآن والسُّنة أن يرجع

---

(٧٨) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مطبوع مع خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة السادسة (١٩٥٤م).

(٧٩) نشر دار القلم بالكويت، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م).

(٨٠) طبعة دار الفكر العربي، (١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٨م).

(٨١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص٦.

(٨٢) عبد الوهاب خلاف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص٢٨.

إلى القواعد الكليَّة، وما أجمع عليه علماء المذاهب[٨٣]، وتدور هذه القواعد عنده على ما يأتي:

(أ) المقصد العام من التشريع هو تحقيق مصالح الناس بكفالة ضروراتهم وتوفير حاجاتهم وتحسيناتهم: ومنطوق هذه القاعدة فيما يبيِّنه: «أن المقصد العامَّ للشارع من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح الناس في هذه الحياة، بجلب النفع لهم، ودفع الضرر عنهم»[٨٤]. وتتخذ الضرورات مركزًا متقدمًا في سلم أولويات المصالح فيما يبيِّنه، وهو ينبِّه كذلك إلى أن «الاستصلاح أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيه المتسع لمسايرة التشريع تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم»[٨٥].

(ب) تقديم حقِّ المجتمع أو حقِّ الله على حقِّ الفرد: وإذ تضمَّنت القاعدة السابقة أن المقصد العامَّ من التشريع هو تحقيقُ مصالح الناس، فإن مفاد هذه القاعدة تقديم المصالح العامَّة للمجتمع[٨٦].

(ج) لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نصٌّ صريح قطعيٌّ، ولا تغلق هذه القاعدة الاجتهاد فيما ورد فيه نصٌّ ظنيُّ الورود أو الدلالة[٨٧].

وإنما يرجع المجتهد إلى القياس إن لم يتمكَّن بمعونة هذه القواعد المتعلِّقة بالمصالح من معرفة الحكم الشرعي للواقعة المعروضة. ويمكن أن يكون القياس عنده - وإن لم يصرح به - أداةً طيِّعةً للإفادة من الاجتهادات الفقهية للمذاهب، على حين تشكِّل المصالح الآليةَ المناسبة لإعمال المبادئ الشرعية العامَّة.

وبهذا تتخذ المصالح من الوجهة العملية مركزًا متقدمًا على القياس، دونما اضطرار إلى التضحية به أو إلغائه، على النحو الذي انتهى إليه رشيد رضا.

---

(٨٣) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص٣٠.

(٨٤) خلاف، علم أصول الفقه، ص٢٢٣.

(٨٥) مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص٨٥.

(٨٦) علم أصول الفقه، ص٢٤٨.

(٨٧) نفسه، ص٢٥٥.

(ج) الاتجاه الإصلاحي:

ينطلق هذا الاتجاه من التسليم بنتائج الجدل الدائر منذ فجر التفكير الإسلامي حول العلاقة بين العقل والنقل، أو الحكمة والشريعة، والذي كان قد انتهى قبل العصر الحديث إلى تمام الاتصال بينهما، ويبدو هذا التلاؤم بينهما على المستوى النظري في «**فصل المقال**» لابن رشد، وعلى المستوى الفقهي التطبيقي في «**بداية المجتهد**» للفيلسوف الفقيه نفسه.

وقد ركَّز الإصلاحيون في العصر الحديث - في سعيهم لإدراك التمدُّن والتقدُّم والنهوض - على الاهتمام بالمنافع والمصالح العمومية، بالنظر إلى رعاية الشريعة لمصالح الدين والدنيا، وهذا ما عبَّر عنه بوضوحٍ بالغٍ كلٌّ من رفاعة رافع الطهطاوي، وخير الدين التونسي (ت: ١٨٨٠م)، وبيرم الأول (ت: ١٨٠٠م)، ومحمد عبده (ت: ١٩٠٥)[٨٨]، ممَّن يمثلون الجيل الأول من الإصلاحيين.

وأدى الاعتراف المتزايد بالحاجة إلى العناية بحقوق فئاتٍ كان يجري تجاهلها - كالمرأة - إلى تولُّد الرغبة في عدم التقيُّد بمذهبٍ واحدٍ في التقنينات التي اتجهت الدولة إلى إصدارها، وهو ما يتضح حتى في القوانين الصادرة قبل قانون حقوق العائلة العثماني لعام (١٩١٧م). وأسهم النجاح الذي حقَّقته **مجلة الأحكام العدلية** الصادرة عام (١٨٧٧م) في تأكيد قدرة أصول الفقه على الاستجابة للاتجاهات الحديثة التي تدعو إليها إدارة العدالة.

وتلقى الإصلاحيون المحدثون جهود وزير العدل المصري قدري باشا في تقنين المعاملات المدنية والأحوال الشخصية والأوقاف بالتقدير والحفاوةِ فيما علقوا به على هذه الأعمال من شروحٍ وتعليقاتٍ كانوا يقومون بتدريسها لطلابهم، مما يظهر في أعمال محمد بكْ زيد الإبياني، ومحمد سلامة.

وصرف عددٌ غير قليلٍ من علماء الفقه والقانون جهودهم وأوقاتهم في كلٍّ

---

(٨٨) راجع بشيء من التفصيل مقالة رضوان السيد: «مقاصد الشريعة بين أصول الفقه والتوجهات النهضوية: التأسيس والتوظيفات الحديثة»، في مجلة التسامح، العدد الرابع والثلاثون لسنة (١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م).

من صياغة النظريات الفقهية صياغةً معاصرة، وفي الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة على النحو الذي تحمَّس له لامبير في مدرسة ليون بفرنسا، وقاد ذلك من جيل الروّاد كلٌّ من مخلوف المنياوي (ت: ١٨٧٩م)، وقدري باشا، وسيد عبد الله حسين، وذائع الصيت أحمد إبراهيم، وتلميذه شفيق شحاتة، وأحمد أبو الفتح، وعبد الوهاب خلاف، ومحمد أبو زهرة، وعلي الخفيف، والفقيه العالمي عبد الرزاق السنهوري، الذي آذن ضربه في مجلس الدولة المصري عام (١٩٥٤م) بانتكاسةٍ في نشاط هذه الفترة وفي سعيها إلى الإصلاح الفقهي والتشريعي، وإن استمرت بعد ذلك بمناهجها في جهود طارق البشري، وجمال عطية، وطلعت الغنيمي، وعبد القادر عودة، وأحمد أبو الوفا، والطماوي، والمحمصاني، ومصطفى الزرقا، ومحمد حميد الله.

ويبرِّر تشعُّب هذه الجهود وتنوُّعها وجدَّتها وجدِّيتها استنتاج استنادها فيما صدرت عنه إلى منهجٍ أصوليٍّ قد يختلف قليلًا أو كثيرًا مع مألوف المدونات الأصولية. ولعلَّ الإلحاح على الدعوة إلى تجديد أصول الفقه أن تعكس الحاجة إلى إعادة صياغة أصول الفقه بما يمكِّن هذا العلم من استيعاب الأُسس المنهجية التي صدر عنها التجديد الفقهي في تنظيراته وتشريعاته واستجاباته للاحتياجات العملية ومقارناته. وبدهيٌّ أن دعوات التجديد هذه لم ترقَ بعدُ إلى مستوى هذا الهدف، ولم ينعكس ما تصبو إليه في مشروعٍ أصوليٍّ واضح المعالم، وما تزال في مرحلة توجيه النقد للمشروع القائم.

ومنعًا للخلط والغموض، ينبغي استبعاد تلك الدعوات المتشحة بالتجديد والصادرة من خارج دوائر المهن القانونية، لعجزها عن تقديم بناء فقهيٍّ منهجيٍّ مقبول في المنطق، مع فشلها في التأثير العملي؛ وإنما أشير هنا إلى الصخب الذي أحدثه أمثال: صادق العظم، وفرج فودة، ونصر حامد أبو زيد؛ لدوافع غير علمية في توجهاتها الأساسية فيما قد يبدو من الضجيج الإعلامي والسياسي الذي أحدثته.

وليس لديَّ كتابٌ كاملٌ في أصول الفقه، يستوعب التجديد الفقهي في المجالات السابقة الذكر؛ ولهذا سأضطر إلى التركيز على المبادئ المتفرقة التي

صدرت عنها التجديدات الفقهية، والتي عبَّرت عنها الاتجاهات الإصلاحية في مجملها، والتي ينبغي أن يستوعبها المشروع الأصولي المعاصر.

لقد ركَّزت أبحاثٌ أصولية متفرِّقة على المصلحة في أول ما تجدر ملاحظته، ولعلَّ رشيد رضا من أبرز مَنْ عبَّر عن اتجاهٍ شديد الوضوح في الفكر الأصولي الإسلامي الحديث حينما سعى إلى إحكام البناء التشريعي اللازم لنهضة الأمَّة، وإقامة منصب الخلافة على أساس النصِّ القطعيِّ أو المصلحة، وفي رسالته التي وجَّهها إلى المؤتمر العام لبعث الخلافة - وهي آخر ما نُشر له قبيل وفاته عام (١٤٣٥هـ) - يقول رشيد رضا إنه يجب: «أن تُبنى الأحكام ونُظُم الدولة في مملكة الخلافة على التشريع الإسلامي بنصوص الكتاب والسُّنة القطعيَّة الصحيحة الجامعة بين العدل والرحمة والمساواة، وبالاجتهاد في غير القطعي الذي مداره على درء المفاسد، ومراعاة المصالح، واليُسْر ورفع الحرج، وإباحة الضرورات للمحظورات، مع تقديرها بقدرها، وغير ذلك من القواعد العامَّة الصالحة لكل زمانٍ ومكانٍ».

وقد عاد إلى الموضوع نفسه في إجابته عن سؤالٍ يتعلَّق بحكم إعمال المسلم القوانين الإنجليزية ليجيب بأنه: إذا علمت أن النصوص القطعية في الأحكام عن الشارع قليلة جدًّا وأغلب الأحكام راجعة إلى الرأي والاجتهاد من المجتهدين في تحري العدالة والمصلحة، فالذي يظهر لي أنه لا بأس بالحكم بقانونٍ لأجل منفعة المسلمين ومصلحتهم، وإذا كان القانون ضارًا بالمسلمين ومصلحتهم، فلا يجوز الحكم به. ثم قال: المعروف أن قوانين الأمَّة الإنجليزية أقربُ إلى الشريعة الإسلامية من غيرها؛ لأنها تفوِّض أكثر الأمور إلى اجتهاد القضاة[٨٩].

ويعلي رشيد رضا من شأن المصلحة في المجالات التشريعية جميعها - ما عدا العبادات - بالاستناد إلى النصوص، وإلى مسالك الفقهاء والأصوليين، ويذهب في ذلك مذهبًا بعيدًا حين يرى أن الأحكام التي توصَّل إليها المجتهدون بالقياس مما كان يمكن استنباطه بالنظر إلى المصلحة.

---

(٨٩) تفسير المنار لمحمد رشيد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر: (١٩٩٠م)، (٦/٣٣٨).

ويعبِّر رشيد رضا عن هذا الاتجاه التجديدي الذي تحلُّ فيه المصلحة بقواعدها العامَّة الصالحة لكل زمانٍ ومكانٍ محلَّ القياس على نحوٍ أكثر استفاضةً في كتابه «**اليُسْر ورفع الحرج في التشريع الإسلامي**»، وفي كتابٍ آخر له بعنوان «**الخلافة والإمامة العظمى**»، وهو ما تناوله باستفاضة بليغة الدكتور وائل حلاق في كتابه عن «**تاريخ النظريات الفقهية: مقدمة في أصول الفقه السُّني**». غير أن الاستغناء بالمصلحة عن القياس إهدارٌ لأحد المقومات المنهجية المستقرة في المنهجية الأصولية دونما ضرورة.

وقد أكَّد بحث الدكتور مصطفى زيد عن «**المصلحة ونجم الدين الطوفي**» السعي إلى إعلاء المصلحة؛ إذ تولَّت هذه الدراسة إبراز مذهب الطوفي في جواز تقديم المصلحة على النصِّ. وعلى الرغم من خطأ افتراض التقابل بينهما بوجه العموم في العمل التشريعي والاجتهاد الفقهي الذي يستجمع شروطه الفنيَّة، فقد فتح رأي الطوفي هذا مجالًا واسعًا للنقاش الدائر حتى الآن حول المصلحة ومدى حجيتها، وعلاقتها بالمقاصد الشرعية، وأساليب إعمالها في الصياغات التشريعية.

ونشير هنا كذلك إلى الدراسة التي عقدها كلٌّ من حسين حامد حسان ومحمد سعيد البوطي حول المصلحة، ولا ريب في أن عناية حسين حامد حسان بالعُرف والاستحسان وربطهما بالمصلحة في كتابه عن أصول الفقه، من نتائج هذا الاتجاه.

ويرتبط بذلك على وجه التأكيد تلك الأبحاث الغفيرة التي انعقدت حول مقاصد الشريعة، والمصالح التي اعتبرتها باستقراء النصوص. والأرجح أن الفصل بين المصالح والمقاصد فصلٌ تعسفيٌّ لم يفد أيًّا منهما؛ إذ إن المصالح الحقيقية العامَّة من مقاصد الشرع المعتبرة الثابتة باستقراء النصوص.

وقد كان اعتراف كلٍّ من عبد الوهاب خلاف ومحمد أبو زهرة بالعُرف ضمن الأدلَّة الشرعية من نتائج التعمُّق في دراسة المصلحة. وقد تواردت المؤلفات الأصولية المتتابعة بعد ذلك على إفساح مكانٍ خاصٍّ للعُرف بين الأدلَّة الشرعية.

وفضلًا عن ذلك، يجب تقدير الأبحاث الكثيرة المستقلة التي انعقدت

حول نظرية العُرف، ومدى حجيته في الفكر الأصولي، ولعل رسالة «**العرف والعادة في رأي الفقهاء**» لأحمد فهمي أبو سنة أشملُ هذه الأبحاث وأقدمها، وتدور هذه الدراسة بمباحثها العديدة حول حجيَّة العُرف وأثره في الفروع الفقهية والبناء الأصولي والقواعد الفقهية، لتبيِّن بوضوح بالغ رجوعَ نظرية الاستحسان الحنفي إلى العُرف، فيما يظهر من استنادهم إلى هذه النظرية في تجويزهم الاستصناع والإجارة، ويمثِّل العرف لها - فيما قد يستنبط من العمل الفقهي - الأداةَ المنهجية التي اعتمد عليها الفكر الفقهيُّ في التحقُّق من وجود المصلحة لتوظيفها وإعمالها.

ورغم اشتمال هذه الدراسة - مثل غيرها - على العديد من التفصيلات التي تؤكِّد جميعها حجيَّة العُرف في التفكير الأصولي السائد، فإنها لم تتطرق من بعيدٍ أو قريبٍ إلى الإمكانات البالغة الثراء لهذا الدليل في النظر الفقهي والتشريعي المعاصر.

لقد أكَّد أبو سنة في خاتمة رسالته أن العُرف إحدى الأدوات التي ضمنت للتفكير الفقهي القدرة على الاستجابة للتغيُّرات والتطوُّرات الاجتماعية، ومصالح الناس، على مر العصور، وهو ما يستوجب الالتفات إلى تطبيق العُرف المحتج به في النظرية الأصولية بشروطه وأنواعه على النوازل الحادثة في التشريعات المعاصرة والأحكام المستقرة للمحاكم، لقبول ما يتفق منها مع هذه الشروط، ورد ما لا يوافقها.

وإجمالًا، فقد أرست هذه الدراسات الأسسَ النظرية للعُرف في التفكير الفقهي والأصولي، ولا يبقى إلا البحث عن كيفيات توظيفه في مراجعة القوانين القائمة وإصدار التشريعات اللازمة.

(د) أصول روَّاد المدرسة القانونية الإصلاحية:

برز في القرن العشرين عددٌ من القانونيين العرب البارزين المتميزين بالجمع بين الثقافتين القانونية الغربية والفقهية الإسلامية، ممَّن كان على رأسهم: عبد الرزاق السنهوري، ومصطفى الزرقا، ودي سنتيلانا، ومعروف الدواليبي، وشفيق شحاتة، وعبد المنعم الصدة. وقد أسهم هؤلاء ومَنْ لَفَّ

لفهم في صقل عددٍ من المبادئ الأصولية التي تشكِّل عُمُدًا أساسيةً في استثمار التجربة القانونية الإسلامية والإفادة منها في تطوير التفكير القانوني المعاصر. ومن المناسب للغاية إبراز هذه المبادئ فيما يلي:

(١) تأكيد أهمية الاستقلال التشريعي باعتباره أساس الاستقلال السياسي والاقتصادي، وذلك بالاعتماد على التجربة القانونية الإسلامية التي شكَّلت أعراف البلاد العربية والإسلامية، وإنما يتضح هذا بالإشارة إلى مشروعات القوانين المدنية العربية الحديثة التي اتفقت أكثر أحكامها مع مقررات الفقه الإسلامي.

(٢) أهمية الإفادة في تطوير النُّظُم القانونية العربية والإسلامية من المشروعات القانونية الغربية في الترتيب والتنظيم والصياغة، بناءً على أن القوانين أشبه بالكائنات الحيَّة في سعيها إلى النماء والتغيُّر، وقد مثَّلت الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والغربي الآليةَ التي تحقَّقت بها هذه الإفادة.

(٣) تقدير الأعراف السائدة في البلاد العربية والإسلامية بحكم تطوُّرها في ظلِّ التجربة القانونية الممتدَّة لهذه البلاد. ومن المحتمل تفسير تقديم الرجوع إلى العُرف على الرجوع إلى الأحكام الشرعية عند عدم وجود النص القانوني في المدني المصري بالنظر إلى تعبير العُرف عن هذه الأحكام.

وأجد أن من أهم المؤلفات الأصولية المعبِّرة عن هذا الاتجاه كتاب سير عبد الرحيم، وعنوانه: (Principles of Muhammadan Jurisprudence). والحقُّ أنه لا يمكن إغفال هذا الكتاب المتميز الذي يتعلَّق بأصول الفقه الإسلامي عند تصفح الكتابات الأصولية الحديثة؛ فمؤلف هذا الكتاب هو القاضي والسياسي وأستاذ القانون ورئيس البرلمان الهندي (ت: ١٩٥٢م)، وقد صدرت طبعته الأولى عام (١٩١١م).

ويتناول المؤلف مسائل أصول الفقه المألوفة بمنهجٍ مقارنٍ بين المذاهب الفقهية السُّنية، وإن تأثَّر كذلك بالتأليف الأصولي المتبع في القانون الإنجليزي؛ إذ يبدأ الباب الأول بفصلٍ موجز لبيان مفهوم التشريع والقانون، وتطوُّر النظام

القانوني الإسلامي، وأحوال تطبيقه في شبه القارة الهندية، وما آل إليه تطبيقه بعد الاستعمار الإنجليزي.

ويشكِّل وعي المؤلف بهذه الأحوال نافذته التي يطلُّ منها إلى مسائل علم أصول الفقه؛ إذ يتناول الأحكام الشرعية في الفصل الذي عقده لذلك على أنها معاييرُ قانونية لضبط الأفعال والعلاقات الإنسانية، وهو لهذا يهتمُّ اهتمامًا خاصًّا بالأحكام الوضعية، والعلاقة بينها وبين الأحكام التكليفية، ويحصر المصادر في الفصل الموجز الذي عقده لها في القرآن والسُّنة، ليتناول في هذا الفصل كذلك طرق تفسير النصوص، ويعقد فصلًا خاصًّا للإجماع وما عليه عمل الناس (Usages)، مما قد يستوجب النظر في الدوافع التي حدت بالشافعي إلى استبدال الإجماع بعمل أهل المدينة، وإعادة حسابات الأرباح والخسائر الناجمة عن الموافقة على هذا الاستبدال، وتقدير الأسس التشريعية الفنية التي استوحاها علماء المذهب المالكي في تطوير عمل أهل المدينة، واستبدالهم به أيضًا مفهومًا أعمَّ هو العمل، على النحو الذي تبدى في إقرار العمل الفاسي على سبيل المثال.

وأعتقد أن عبد الرحيم يستند في قرنه الإجماع بالعمل في تحليلاته إلى فهمٍ دقيقٍ لما آل إليه التطوُّر في المذهب المالكي في موضوع العمل. وإذ تطور العمل المالكي بعيدًا عن مفهوم عمل أهل المدينة الذي حرَّره مالك تحريرًا غير مقنعٍ بأدلته الكلامية والنظرية لكثيرٍ من تلاميذه المباشرين، فإن عبد الرحيم لا يشيرُ إلى هذا المفهوم أدنى إشارة.

ويعقد عبد الرحيم بعد ذلك بابًا كاملًا بعنوان: «استنباط الأحكام»، ليتناول فيه كلًّا من القياس (Analogy)، والاستحسان (Juristic Equity)، والمصلحة (Public Good)، والاستدلال، والاجتهاد، والتقليد.

وقد ألحق المؤلف بهذه الموضوعات الأصولية في بحثه عمَّا يشكِّل الفلسفة العامَّة للفقه عددًا من النظريات الفقهية التي تشكِّل عصبَ النظام الشرعي، والأصول الخاصَّة به، وذلك في ثمانية فصول كاملة. فتناول في أحدها الفعل والحق والالتزامات، وفي فصلٍ تالٍ موضوع الأهلية (Legal Capacity)، والعلاقة بين الفعل والقصد، والناقصي المسؤولية من الأشخاص،

ليتلوه بفصلٍ عن الملكيَّة (Ownership)، والحيازة (Possession)، وبفصلٍ يلتحق بسابقه عن طرق اكتساب الملكيَّة. ويلي ذلك كله فصل عن قانون الأسرة، وفصل عن نظرية ضمان الفعل الضار والجرائم، وآخر عن الإجراءات ووسائل الإثبات، ليختم بعد ذلك بفصلين: أحدهما عن القانون الدستوري والإداري، والآخر عن إصدار القوانين والعلاقة بين المسلمين وغيرهم.

وهذه الموضوعات التي اشتمل عليها هذا الكتاب بمضامينها الفقهية إنما تؤسِّس لفلسفة عامَّة للنظام الشرعي، مما يجري تناوله في العادة ضمن مؤلفات أصول القانون الإنجليزي.

وما يزال هذا الكتاب يحتفظ بتأثيره ومكانته في التدريس الجامعي لطلبة كليات القانون في شبه القارة الهندية وغيرها، رغم مرور أكثر من قرنٍ كاملٍ على صدوره؛ لوضوح لغته ودقَّة المعلومات التي يقدِّمها عن الفقه الإسلامي، واتخاذه الإطار العام المعهود لهؤلاء الطلبة.

ويشترك معه في السعي إلى التجديد الأصولي كتاب تلميذي النابه عمران أحسن خان نيازي بعنوان: (Islamic Jurisprudence)[٩٠]، ويسعى هذا الكتاب إلى التجديد في أصول الفقه، سواء من حيث إعادة تصنيف بعض مباحثه، مما يعين القانوني المعاصر على فهم أسس النظام القانوني الإسلامي، أو في التطرق إلى بعض الأسئلة المألوفة في النظر القانوني الغربي بالقصد إلى توضيح إجاباتها من وجهة النظر القانوني الإسلامي، دونما أدنى رغبة في الاعتذار أو الدفاع عنها على النحو الذي يشيع في بعض الكتابات المعاصرة.

وينحو الكاتب نحو شيء من المقارنة بالفلسفة القانونية الغربية كلما كان ذلك مفيدًا في توضيح المفاهيم الأصولية الإسلامية، ولا يمكن إيفاء هذه الجوانب حقها في هذا الحيز، وإن أمكن توضيحها بإيراد ثلاثة أمثلة:

(أ) يفرق الكاتب في بحثه لمصادر القانون الإسلامي بين ما هو متفق عليه

---

(٩٠) انظر:

Islamic Jurisprudence Imran Ahsan khan Niazi,Published by International Institute of Islamic Thought and Islamic ResearchInstitute, Pakistan 2000.

أو مختلف فيه، وبين الأدلَّة النقلية والعقلية والقطعية والظنية والأصلية والثانوية مع تقديم المصالح على القياس. ويعقد في الفصل الأخير مبحثًا خاصًا لمصادر القانون الإسلامي بالنسبة إلى الفقيه، كي يتناول ضمنه كلًّا من المبادئ الفقهية الاجتهادية التي حظيت بقبول الفقهاء لها، وتعديتها لفروع جديدة عن طريق التخريج عليها، والمقررات المنصوص عليها صراحةً أو ضمنًا، فضلًا عن القواعد المستنبطة من الفروع، ويبرز الاجتهاد التشريعي بين أصناف الاجتهاد الأخرى(٩١).

(ب) يطرح الكاتب عددًا من الأسئلة الكاشفة عن طبيعة النظام القانوني الإسلامي، من بينها علاقة الشريعة بالقانون الطبيعي، وأوجه التشابه والاختلاف بينهما(٩٢).

(ج) السعي إلى ربط المفاهيم الأصولية بواقع التفكير الفقهي والتجديد القانوني، ولعل هذا هو ما أدَّاه إلى التمييز بين المصلحة في عمومها والمصالح المرسلة، بالنظر إلى أن الأولى دليل عامٌّ كليٌّ تخضع له الأدلَّة العقلية جميعها، من قياسٍ وعُرفٍ واستصحاب، بمعنى أن إعمالَ أيٍّ من هذه الأدلَّة مشروطٌ بتحقيق المصالح المعتبرة شرعًا، على حين أن المصالح المرسلة تندرج هي الأخرى تحت هذا الدليل الكليِّ، وهو يعلي من شأن هذا الدليل الكليِّ العام، ويقدِّمه على القياس على غير المعهود في المؤلفات الأصولية بالنظر إلى اشتمالها على سائر الأدلة العقلية من جهة، ولكونها أهمَّ أدوات الاجتهاد في الأزمنة الحديثة على حدِّ تعبيره(٩٣).

وليس لي أن أوفي هذا الكتاب حقَّه من الثناء، فإن شهادتي مجروحة، باعتباره أحد تلاميذي الذين أعتزُّ بهم.

---

(٩١) انظر: Imran, Islamic Jurisprudence, p. (237).

(٩٢) Ibid., p. (237).

(٩٣) Ibid., p. (175).

(١٢) خاتمة الفصل:

يجب أن أعيد التأكيد على اختلاف المسؤولية التي يجب أن يضطلع بها علم أصول الفقه في العصر الحديث التي يمكن أن تشمل الواجبات التالية:

(أ) تقديم الإطار العام الذي يساعد على فهم التفكير الفقهي الإسلامي وتطوُّر مناهجه في الكشف عن الحكم الشرعي وآليات تطبيقه.

(ب) ربط هذا الإطار الأصولي بالواقع التشريعي الحديث والنهضة القانونية الواجبة، امتثالًا لما أوجبه القرآن الكريم من جهة، وتحقيق المصالح الاجتماعية المرجوة في العزة والتقدُّم من جهة أخرى، ويجب أن أتساءل مع غيري: ألا يستطيع أصول الفقه أن يقدِّم لنا فلسفةً قانونيةً تضبط تشريعات أمتنا لتخرجها من هذا المأزق غير المسبوق والمتمثِّل في جمود التفكير الفقهي والقانوني على السواء؟

(ج) يلزم تقدير التجديد في التفكير الأصولي الحديث، ومتابعة مناهجه، لتحليلها وتقويمها والبناء عليها لتقديم فلسفة قانونية قويمة، تصل الحاضر بالماضي، وتيسِّر إقامة العدالة المفروضة.

(د) وجوب التخلُّص من هذا المنهج الاعتذاري المتمثِّل في هذه الرطانات المتكرِّرة الخاصَّة بالدفاع عن النظام الفقهي الشرعي، وتأكيد مرونته وملاءمته للتطوُّر الاجتماعي، وهذا ما لا يخطئه الناظر إلى مقدمات المؤلفات الحديثة في أصول الفقه.

(هـ) من الواضح اتجاه الفكر الأصولي التجديدي إلى التوافق على بعض المسلَّمات المفيدة في الواقع، مثلما هو الحال فيما يتعلَّق بالمصلحة وأولويات إعمالها، مع الإفادة من القواعد الشرعية العامَّة المنصوص عليها أو المتضمَّنة، وينشغل هذا الفكر - مما يمكن ملاحظته - في حلِّ تعارضاته الداخلية.

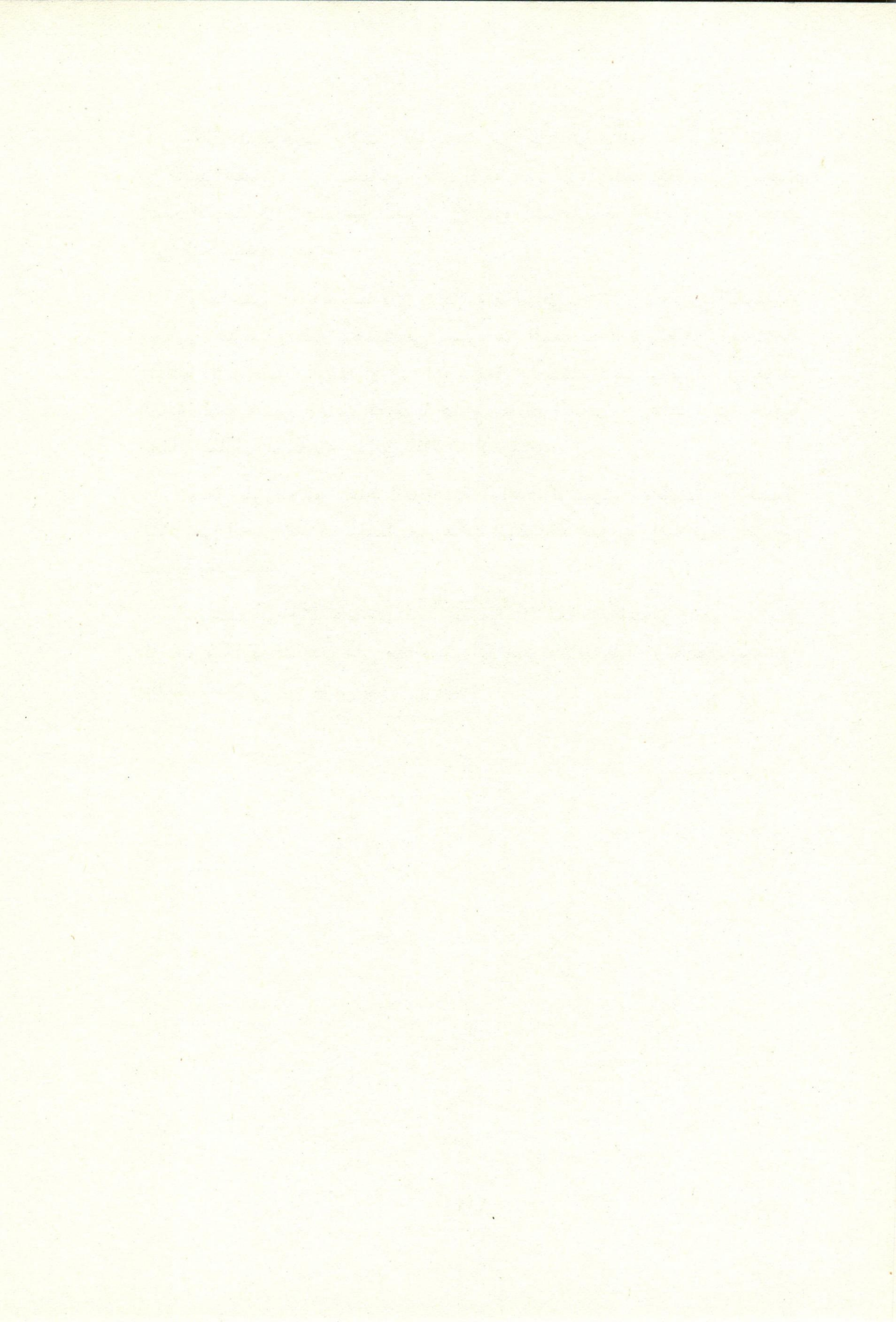
وعلى سبيل المثال، فإن المشكلة التي أثارها رشيد رضا فيما يتعلَّق بالتقابل بين المصلحة والقياس قد وجدت حلَّها عند كثيرين، وتمثَّل هذا الحلُّ في إدراج المصلحة ضمن القياس عن طريق قبول مبدأ التعليل بالحكمة والمصلحة، وهو المبدأ الذي تردَّد الفكر الأصولي في قبوله فترة طويلة.

أما عبد الوهاب خلاف، فقد بحث عن حلٍّ آخر تمثَّل - طبقًا لما تقدَّم - في تأخير القياس عن المصالح، وفي إقامة سلمٍ للأولويات فيما بينها، بحيث تتقدَّم المصالح الاجتماعية العامَّة، والضروراتُ على ما عداها، والحاجيات على التحسينات.

وقد حقَّق العرف بعد لَأْيٍ مركزًا متقدمًا في النسق الأصولي الحديث، وحظي باعترافٍ واضحٍ بأهميته في تعبيره عن المصالح المقبولة من المجتمع، واستند الاستحسان إليهما أو إلى أيٍّ منهما. واستطاع عبد الرحيم - في مؤلَّفه البالغ الشهرة بين طلاب القانون خارج العالم العربي - إعادة تأكيد حجيَّة العمل المالكي لمشابهته سوابق القانون الإنجليزي.

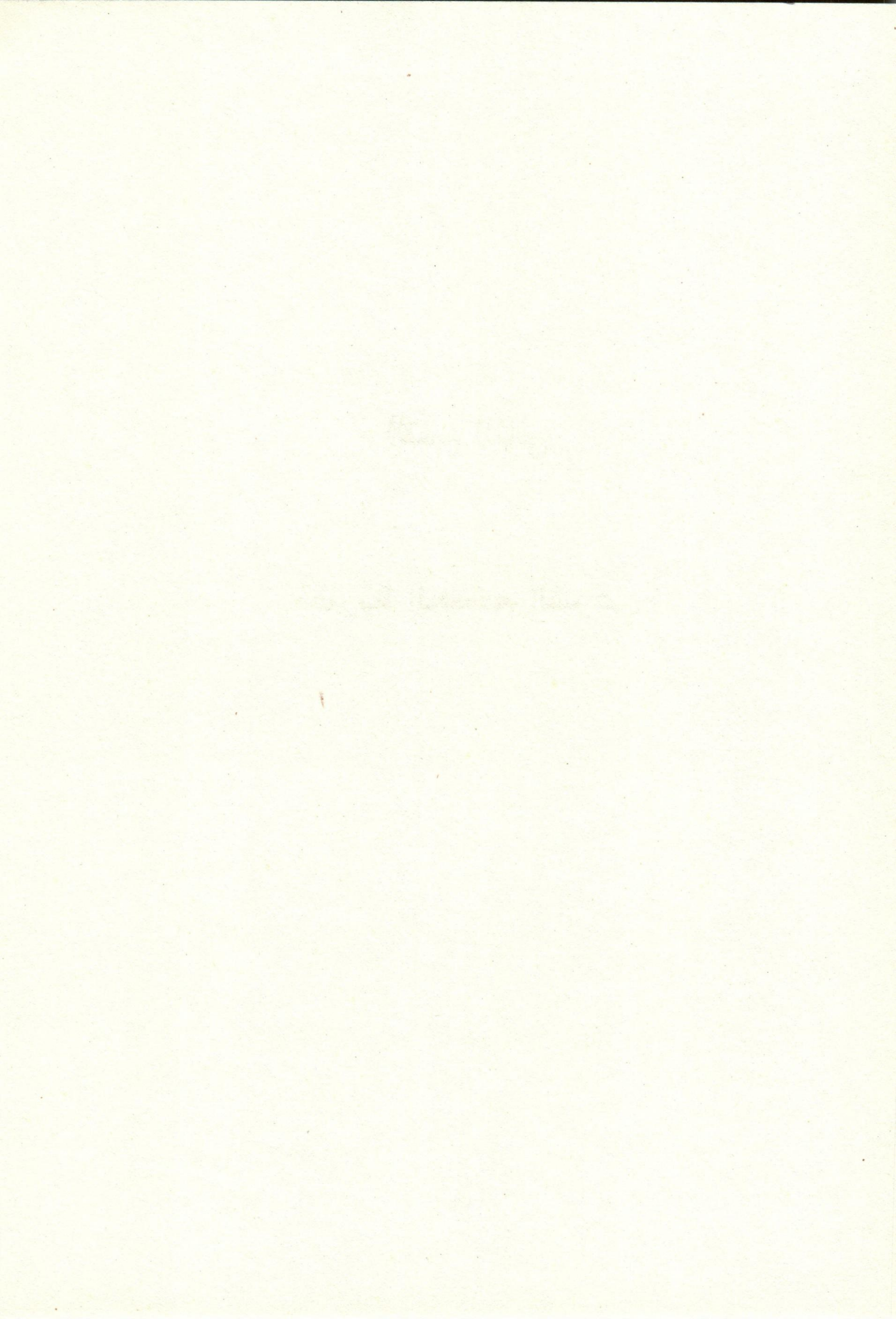
ولعل بلورة هذه النقاط التجديدية، وإعادة تركيبها، لتوظيفها في السياق التشريعي الحديث، هو أفضل ما يمكن أن تقدِّمه هذه الدراسة فيما يلي من فصولٍ ومباحثَ.

ويجب أن أؤكِّد هنا بتواضعٍ حقيقيٍّ أن هذه الدراسة وحدها لن تنتج الربيع، ويكفيها أن تدلَّ على مطالِعِه، وأن تدعو طلاب الفقه والقانون المهتمين بالفقه الإسلامي إلى غرس بذور رياحينه.



القسم الثاني

نظرية الحكم الشرعي



الفصل الأول

مقدمات في الحكم الشرعي

(١) تقديم:

إذا كان الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية - كما تقدَّم - فإن هذا يعني أن استنباط هذه الأحكام وإعمالها في الواقع هو الثمرة التي يرجوها الفقيه ويعمل لها الأصولي. ولذا وجبت معرفة هذه الأحكام، وإفراد حيِّز مناسبٍ لدراستها في علم أصول الفقه. وقد تطور البحث في الحكم الشرعي عبر القرون حتى استوى - كما سنرى - نظرية كاملة شاملة، تتسم بكلٍّ من المرونة في ملاحقة الأفعال الإنسانية، والشمول في متابعة الأحوال والظروف التي تعرض لها، حتى لا يخلو فعل إنسانيٌّ أو نتيجته من الضبط بالمعايير الشرعية.

(٢) تعريف الحكم الشرعي:

الأحكام مفردها حكم، ويطلق في اللغة بمعنى القضاء، أو القضاء بالعدل وبمعنى الفهم للشريعة من مثل ما جاء في قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُؤْتِيَهُ ٱللَّهُ ٱلْكِتَـٰبَ وَٱلْحُكْمَ وَٱلنُّبُوَّةَ ثُمَّ يَقُولَ لِلنَّاسِ كُونُوا۟ عِبَادًا لِّى مِن دُونِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ٧٩]. ويربط ابن الأثير في «**النهاية في غريب الحديث**»: «الحكم بالفهم والفقه، أو القضاء بالعدل»[١]. وفي «**المصباح المنير**» أن الحكم هو

---

(١) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهانى، تحقيق: صفوان عدنان، دار القلم، =

القضاء، وأصله المنع، يقال: حكمت عليه بكذا، إذا منعته من خلافه، فلم يقدر على الخروج منه. وعند الراغب الأصفهاني أن الحكم أعمُّ من الحكمة؛ فكلُّ حكمةٍ حكمٌ، وليس كلُّ حكمٍ حكمةً. والحكمة إصابة الحقِّ بالعلم والعقل، والحكم في قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا﴾ [مريم: ١٢]، بمعنى العلم والفهم والعقل. ويتضمَّن الحكم في اللغة معنى التوجيه للإصلاح والمنع من الفساد، ومنه قول جرير:

أَبَني حَنِيفَةَ أحكِمُوا سفهاءكم إني أخافُ عليكم أن أغضبا

ويُستخدم عند المناطقة بمعنى إدراك وقوع النسبة بين المسند والمسند إليه إيجابًا أو سلبًا، مثل: قام زيد أو لم يقم، ويميزون بين الحكم العقلي والعادي؛ إذ يفيد الأول «إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه من غير توقفٍ على تكرار أو وضع واضع»، مثل: الثلاثة أصغر من الأربعة، والضدان لا يجتمعان، مما قد يكون واجبًا أو جائزًا أو مستحيلًا، على حين ينصرف الآخر إلى إثبات أمر لآخر أو نفيه بناء على التكرار، وبهذا يعرِّف الكفوي الحكم العادي بأنه: «الربط بين أمر وآخر، وجودًا وعدمًا، بواسطة تكرار القران بينهما في الحس»، مثل: الإنسان لا يطير في الهواء[٢].

وهو في استعمال الفقهاء أيضًا بمعنى الإحاطة والإبرام، مما يعني الإحكام. أما في اصطلاح الأصوليين، فهو - بوجه العموم - عبارة عن خطاب الله تعالى المتعلِّق بأفعال المكلَّفين بالاقتضاء أو التخيير أو المنع أو جعل

= الدار الشامية، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ) ص٢٦. وتهذيب اللغة للأزهري لمحمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى (٢٠٠١م)، (٤/ ١١١). وبصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروز آبادي، تحقيق: محمد علي النجار، وعبد العليم الطحاوي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، الطبعة الثالثة: (١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م) (٢/ ٤٨٧).

(٢) انظر: كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ٣٧٣)؛ وشرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للتفتازاني، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م)، (١/ ١٢)؛ والمواقف للإيجي، تحقيق: الدكتور عبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى (١٩٩٧م)، ص١٢٨.

أحدهما سببًا في الآخر، أو شرطًا له، أو مانعًا منه. ويعرِّفه الآمدي تعريفًا جامعًا مانعًا بأنه: «خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية... مما يتعلّق بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع». ويعرِّف الزركشي الحكم الشرعي مع هذا تعريفًا قاصرًا خاصًّا بالحكم التكليفي، فيذكر أن الحكم: «خطاب الشارع المتعلِّق بفعل المكلَّف بالاقتضاء أو التخيير»[٣]. وقد استقرَّ التعريف الأصولي للحكم بعد تطوُّره إلى إضافة الحكم الوضعي على النحو الذي برز في تعريف الآمدي.

وإذ ينصرف الحكم عند الأصوليين إلى الخطاب الشرعي ذاته، فإنه يتجه عند الفقهاء إلى أثر هذا الخطاب؛ فقوله تعالى: ﴿أَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ خطاب بطلب إقامتها، على حين أن هذا الوجوب هو الحكم عند الفقهاء.

(٣) مضامين التعريف:

يشير تعريف الحكم الشرعي من هذا كلِّه إلى المضامين والمعاني التالية:

(أ) طريق معرفة الحكم الشرعي هو النصوص وما دلَّت عليه من قياس ومصالح وإجماع. أما ما يستفاد من جهة العقل وحده، فلا يدخل في مفهوم الحكم الشرعي، فالواحد مع الواحد اثنان، وهو حكم عقلي لا شرعي.

ورغم أن الحكم الشرعي في جملته مستفادٌ من النصوص الشرعية بطريق الاجتهاد، فإن هذا لا يسوغ اعتبار الأحكام الموصول إليها باجتهادٍ من أحكام الله تعالى. وقد أكَّد ابن القيم نقلًا عن بعض السلف النهي عن نسبة الحلِّ والحرمة إلى الله تعالى في أي أمر لم يعلم ورود النص الواضح فيه بالحلِّ أو الحرمة، مستدلًا على ذلك بنهي النبيِّ ﷺ في الحديث الصحيح أميره بُريدة أن ينزِّل عدوَّه إذا حاصرهم على حكم الله، وقال: «فإنك لا تدري أتصيب حكمَ الله فيهم أم لا، ولكن أنزِلهم على حكمك وحكمِ أصحابك»، فتأمَّلْ كيف فرَّق

---

(٣) الإحكام للآمدي (١/ ٩٦)، والمستصفى (١/ ٥٥)، والمحصول (١/ ١٠٧)، والبحر المحيط (١/ ١١٧)، والتلويح والتوضيح (١/ ١٢) وما بعدها، ونهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م)، (١/ ٣٤)؛ ونهاية السول (١/ ٤٧).

بين حكمِ الله وحكمِ الأمير المجتهِد، ونهى أن يُسمَّى حكمُ المجتهدين حكمَ الله[٤]. وَقد استدلَّ كَذلك بمسلك عمر رضي الله عنه حين رفض تعليق كاتبه على حكمٍ حكمَ به بأن: «هذا ما أرى اللهُ أميرَ المؤمنين عمر، فقال: لا تَقُلْ هكذا، ولكن قُلْ: هذا ما رأى أميرُ المؤمنين عمر بن الخطاب». وهو ما أكَّده الإمام مالك باستقراء لمسلكِ سَلَفِهِ ومعاصريه: «قال ابن وهبٍ: سمعتُ مالكًا يقول: لم يكن من أمر الناس ولا مَنْ مضى من سَلَفِنا، ولا أدركتُ أحدًا أقتدي به يقول في شيء: هذا حلالٌ، وهذا حرامٌ، وما كانوا يجترئون على ذلك، وإنما كانوا يقولون: نَكْرَهُ كذا، ونرى هذا حَسَنًا؛ فينبغي هذا، ولا نرى هذا»[٥].

وينتمي الخلاف حول مصدرية الشرع أو العقل في الحكم على الأشياء إلى مرحلة احتدام الصراع بين المتكلمين بدءًا من اتجاه المعتزلة إلى إثبات مصدرية العقل في التحسين والتقبيح، ونفي الأشاعرة ذلك بنسبتهم هذه المصدرية وسائر الأفعال الإنسانية إلى الله تعالى.

(ب) ينقسم الحكم الشرعي إلى أن يكون حكمًا تكليفيًّا أو حكمًا وضعيًّا، ليشمل الأفعال والتصرفات الإنسانية والعلاقات الاجتماعية؛ وإنما جاء هذا التقسيم الشامل والمحدَّد بعد تطوُّر علم الأصول؛ فالصحابة والتابعون وإماما المذهبين الحنفي والمالكي في بداية تطوُّر هذين المذهبين، لم يحدِّدوا معاني هذه المعايير على النحو الذي آلَ إليه الأمر فيما بعد، ويسجِّل ابن القيم أيضًا أنهم كانوا يطلقون لفظ الكراهة على التحريم، والاستحباب على الوجوب، ولفظ يكره ولا يعجبني في إطلاق ابن حنبل على معنى التحريم؛ إذ يروي ابنه عنه قوله: «ويُكْرَهُ أن يُتَوَضَّأَ في آنِيَةِ الذهبِ والفضَّة، ومذهبُهُ أنه لا يجوز. وقال في رواية أبي داود: ويُستَحَبُّ أن لا يدخل الحمَّامَ إلَّا بِمِئْزَرٍ له، وهذا استحبابُ وجوبٍ. وقال في رواية إسحاق بن منصور: إذا كان أكثرُ مَالِ الرجلِ حرامًا فلا يُعجبني أن يُؤْكَلَ مَالُهُ، وهذا على سبيل التّحريم. وقال في رواية ابْنِهِ

---

(٤) هو جزء من حديث بريدة رواه مسلم مطولًا في كتاب: الجهاد، باب: تأمير الأمراء على البعوث (١٧٣١)، ولكن ليس فيه: «وحكم أصحابك»، وعند أبي داود برقم (٢٦١٢)، انظر: إعلام الموقعين لابن القيم، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، (١٩٧٣م)، (١/ ٣٩).
(٥) إعلام الموقعين لابن القيم (١/ ٣٩-٤٠).

عبد الله: لا يُعجبني أَكْلُ ما ذُبِحَ للزَّهْرَة ولا الكواكبِ ولا الكنيسة، وكل شيء ذُبِحَ لغير الله»[٦]، ومذهبه التحريم في كل هذا.

ويجب أن يلتفت من هذا إلى تطوُّر الاصطلاحات الدالَّة على الأحكام الشرعية، وأنها صارت إلى هذا التحديد ضمن تطوُّر علم الأصول. وقد يشير هذا كذلك إلى أن الفقهاء الأُول كانوا أقلَّ إصرارًا على الإلزام باجتهاداتهم، مما يناسب حالة التطوُّر الأولى.

(ج) يتنوَّع الحكم التكليفي إلى أن يكون اقتضاءً بطلب الفعل على سبيل الإلزام، كما هو الحال في الواجبات والمحرمات من مثل قوله في إيجاب الصلاة والزكاة: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ١١٠]، وقوله: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، أو تحريم الزنا كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾﴾ [الإسراء: ٣٢]؛ وقد يكون الاقتضاء للفعل أو الترك على سبيل الترجيح، كما هو الحال في المندوبات والمكروهات، من ذلك قوله ﷺ: «أَوْلِمْ ولو بِشاةٍ»، فإن الوليمة في الزواج ليست بواجبة جمعًا بين النصوص. أما التخيير فهو التسوية بين الفعل والترك كقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فإن الأكل والشراب في الليل إلى الفجر مباحٌ لمن وجب عليه صوم رمضان، ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، فإن الانتشار في الأرض وابتغاء فضل الله عقب أداء صلاة الجمعة ليس من الواجب، وإنما من قبيل المباح.

(د) يتنوَّع الحكم الوضعي إلى أن يكون سببًا أو شرطًا أو مانعًا فيما تشير إليه النصوص كذلك؛ فللزوج الربعُ شريطة عدم وجود الولد، وللأمِّ السدس عند وجود الإخوة والأولاد، ولا يرث الإخوة إلا إذا كان المورِّث كلالة، ومنع الميراث بقتل المورث، ومنه كذلك القصاص بالقتل العمد، والدية بالقتل الخطأ، والمتعة بالطلاق، والعدَّة بالطلاق والوفاة.

ومن البدهي أن يغلب اللجوء إلى الحكم الوضعي في أعمال القضاة منذ

---

(٦) إعلام الموقعين (١/ ٤٠-٤١).

بداياتهم؛ فسليم بن عتر الذي ولّاه معاوية الخليفة الأمويُّ الأول النَّظَرَ في الجراح كان يحكم بالتعويض الواجب في أنواع الجراح المختلفة، ويحيل ذلك إلى موظفٍ مختصٍّ في بيت المال لاقتطاع مقدار التعويض من أرزاق عشيرة الجاني بالتنجيم على ثلاث سنين(٧). وقد أغرم عمر بن عبد العزيز قاضيه عبد الله بن عبد الرحمن بن حجيرة دينًا ادعاه عليه جماعة من اليهود رغم دفع المدَّعى عليه بأنه كان قد وفَّى المدَّعين ما ادعوه، واستند عمر في حكمه إلى أن المدَّعى عليه لم يقدِّم البيِّنة اللازمة(٨). وأشار عمر على قاضيه عابس بن سعيد المرادي أن يحكم بحقٍّ أيٍّ من إماء المَدينِ المُفلِس بافتداء نفسها ونيلِ حريتها إن دفعت قيمتها العادلة إلى الغرماء(٩).

وسيأتي أن الحكم الوضعي أكثر تردُّدًا فيما يتعلَّق بتحديد النتائج والأجزية التي يرتبها القضاة على الأفعال الإنسانية والتصرفات القانونية، فيما يشمل العادات والمعاملات والنزاعات؛ فالتصرف القانوني لكي ينتج أثره لا بدَّ أن تتوافر شروطه، وأن تنتفي موانعه، بعد أن يتحقَّق سببه.

(هـ) لا يتسم الفعل الإنساني بالثبوت مع اختلاف الاعتبارات والنتائج المترتبة على الفعل؛ ولذا لا يقف في مقابل كلِّ فعلٍ إنسانيٍّ حكمٌ شرعيٌّ واحد في كل الأحوال والظروف التي تحيط به. وهذا بدهيٌّ؛ فالزواج تتعاوره الأحكام التكليفية الخمسة من الوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة، وتتنوَّع النتائج الوضعية والقانونية المترتبة عليه تبعًا لما قد يعرض له، ويتفرع التفريق بين الزوجين للضرر عن مراعاة ما طرأ في معاملة الزوج زوجته. والسَّيْر في الطريق العام كذلك قد يكون مباحًا للمصلحة، أو محرمًا إذا كان سببًا في الإضرار بالغير.

فالأحكام الشرعية ليست قيمًا ثابتة تنصبُّ على الفعل الإنساني في أحواله جميعها، بل معايير تلاحقه بالنظر إلى الأحوال التي تحيط به، والنتائج العملية

---

(٧) ولاة مصر وقضاتها للكندي، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص٢٢٣.

(٨) نفسه، ص٢٤٠.

(٩) نفسه، ص٢٤٤.

التي قد تترتب عليه، أو يغلب أن تترتب عليه، والقصود أو البواعث التي تدفع إليه أو توجهه.

وبهذا اكتسبت الأحكام الشرعية المرونة في «ملاحقة كل ما نزل وينزل من أحوالٍ وملابساتٍ في الحياة الإنسانية تقتضي التدخل التشريعي». وينبغي تقدير صياغة الأصوليين لنظرية الأحكام في هذا الإطار الشامل الذي نبَّه إليه الشافعي بوجه العموم، دونما أدنى إشارة إلى الوسائل الفنية النظرية والتشريعية التي اضطلعت بتحقيقه من الوجهة العملية.

وفي هذا كلِّه، فإن الشريعة كما قال الفقيه الظاهري ابن حزم: «لا تحسن إلا ما حسنه العقل، ولا تقبح إلا ما قبحه العقل»[١٠]، وأنه لا يخلو أيُّ فعل إنسانيٍّ من تعلُّق حكم شرعيٍّ به.

(و) عرَّف الفقهاء الحكم الشرعيَّ تعريفًا ينظر إلى أثر الخطاب الشرعي، ومدلوله، والجزاء المترتب عليه، وأرادوا به الأوصاف التي تثبت بخطاب الشارع لأفعال المكلَّفين من وجوبٍ وحرمةٍ وغيرهما مما هو من صفات أفعال المكلَّفين.

ويتعلَّق التعريف الأصولي للحكم بمصدره وهو خطاب الشارع، على حين ينظر الفقهاء إلى نتيجة هذا الخطاب وأثره الذي يظهر في فعل المكلَّف. والخلاف بين التعريفين غير ذي أثر من الناحية العملية؛ إذ لا ينازع الفقهاء في رجوع الحكم إلى مصدره، وهو خطاب الشارع، كما يتضمَّن التعريف الأصولي للحكم تعلُّق هذا الخطاب بأفعال المكلَّفين.

ويتفق الفريقان على قيام هذا التلازم بين مصدر الحكم الشرعي (خطاب الشارع)، وثمرته (فعل المكلف)؛ فإيجاب صوم رمضان مصدره الشرع، ووجوب ذلك على المكلَّف هو النتيجة العملية المترتبة على هذا الإيجاب، وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ يُسمَّى باعتبار النظر إلى نفسه التي هي صفة لله تعالى إيجابًا، ويُسمَّى بالنظر إلى ما تعلَّق به وهو فعل المكلَّف وجوبًا،

---

(١٠) الإحكام للآمدي (١/ ٧٥).

فهما متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار، فترى العلماء تارةً يعرفون الإيجاب، وتارةً يعرفون الوجوب نظرًا إلى الاعتبارين[11].

(ز) شمول الأحكام الشرعية للأفعال والعلاقات الإنسانية، وهو ما أكَّده الشافعيُّ في مقدمة رسالته، أما ابن حزم فيرى اتساع النصوص لأحكام الأفعال الإنسانية جميعها؛ ورأيه أن ادعاء وجود مسائل لا نص فيها ادعاء باطل[12]، وهو ما قد يدلُّ على التشكيك في ادعاء إرسال بعض المصالح بعدم اعتبار النصوص لها تقريرًا أو إلغاءً.

(٤) المقاصد من الأحكام الشرعية:

تسعى الأحكام الشرعية - مثل الأجزية القانونية (Legal Sanctions) في ذلك - إلى تحقيق هدفٍ أساسيٍّ، لا غنى عن السعي إليه، ويتمثَّل هذا الهدف في فرض الامتثال للمقررات والقواعد القانونية والشرعية. يوضِّح ذلك أن الشرع والقانون يلزمان الزوج بمعاملة زوجته بالمعروف، ويرتبان الجزاء على مخالفة هذا الواجب بإعطاء الزوجة الحق في رفع الأمر إلى المحكمة لطلب التفريق للضرر. وفي هذا، فإن المعاملة بالمعروف واجب شرعًا (حكم تكليفي) يترتَّب على مخالفته الحقُّ في التفريق (حكم وضعي بالنظر إلى كون المخالفة سببًا في الحقِّ في طلب التفريق)، والهدف هو الحثُّ على الالتزام بواجب المعاملة بالمعروف. وينطبق ذلك على إيجاب الوفاء بالديون، وهو حكم تكليفيٌّ، يترتب على مخالفته التنفيذ الجبري على المدين الممتنع عن هذا الوفاء، وهو حكم وضعيٌّ في الاصطلاح الأصولي، والهدف من الحكمين التكليفي والوضعي هو الحثُّ على الامتثال وأداء الالتزامات، ولا تخفى أهمية تحقيق هذا الهدف في الشرع والقانون على السواء. والقصد من هذا الامتثال - فيما أوضحه الشاطبي بتفصيلٍ بليغٍ - هو رعاية المصالح التي يرتضيها العباد لأنفسهم؛ إذ يبيِّن أن

---

(١١) شرح الكوكب المنير لابن النجار، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، (١/ ٣٣٣).

(١٢) الإحكام لابن حزم، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ)، (١/ ١٠)، (٤/ ١٤٠).

الشريعة جاءت لتحقيق المصالح «على وفق أغراض العباد، وأثبتت لهم حظوظهم، تفضُّلًا من الله تعالى على ما يقوله المحققون، أو وجوبًا على ما يزعمه المعتزلة»[١٣]، ولا تناقض عنده بين إثبات المصالح وَفْقَ الأغراض الصحيحة للعباد، أو للمجتمع، وضبطها بمعايير الشرع؛ إذ يبيِّن بوضوحٍ اختلاف هذه الأغراض السليمة عن تشهي الأفراد والرغبات الدافعة إلى اتباع الأهواء[١٤].

وقد يفيد الحكم الشرعي الحثَّ على الامتثال بتصحيح التصرف، أو إبطاله أو الحكم بفساده أو وقفه؛ فالتعامل بالربا حرام، ويكفي الحكم بفساد التعامل لحرمان المرابي من الحماية القضائية، حتى لا يستطيع إلزام المدين بالوفاء بالفائدة الربوية، وليس له الحقُّ عند ذهابه إلى المحكمة إلا في المطالبة بأصل الدين، وهو جزاء كافٍ لفرض الامتثال بالامتناع عن المعاملة الربوية.

وتتشابه الأحكام الشرعية العملية والأجزية القانونية في فرض الامتثال كذلك بالنظر إلى ما يفرضانه من عقوبات، أو ضماناتٍ في أحوال المخالفة للمقررات الشرعية والقانونية، أو إثبات المكافآت عند الالتزام بهذه المقررات. لقد حرَّم الشرع - على سبيل المثال - شربَ الخمر، وفرض الامتثال بالعقوبة، وأوجب تقييد فعل المباح بالسلامة وعدم الإضرار بالغير عن طريق فرض الضمان عند المخالفة، كما أنه أوجب كتابة الالتزامات المؤجَّلة على نسقٍ معيَّن، ويؤدي إنفاذ الدائن هذا الواجب إلى مكافأته بإثبات القاضي دينه عند النزاع فيه، وإيجاب الوفاء به عند حلول أجله في أحوال المماطلة.

وقد يفيد الحكم الشرعي بشقيه التكليفي والوضعي إثباتَ الرضا عن الفعل أو رفضه؛ فالحكم بإباحة الهبة والوصية يفيد الرضا بهما شرعًا، ويفيد تحريم الإضرار بالورثة عدم رضا الشرع بالإقدام على فعل أيهما بهذا القصد. وليس هذا فحسب؛ إذ تحدِّد الأحكام الشرعية درجة الرضا بالفعل أو رفضه، مما قد يفيده الحكم بالندب أو الكراهية، ويلزم الالتفات إلى ما قد يحدثه الوصف

---

(١٣) الموافقات للشاطبي (٢/ ٢٩٤).

(١٤) نفسه، (٢/ ٢٩٢).

بالرضا من آثار تشريعية بالغة، فهذا الرضا بتملُّك المرأة نصيبًا مما اكتسبت - مثلها في ذلك مثل الرجل - هو ما ترتب عليه إثبات حقِّها في الميراث والوصية والتكسُّب والأهليَّة في التعاقد.

وقد تقصد الأحكام الشرعية والقانونية أيضًا إلى إثبات المسؤولية عن الفعل أو نتائجه، وهو ما تتجه إليه بالقصد الأول ثلاثية الحكم الوضعي: السبب والشرط والمانع. وقد يبرِّر تركيز البحث الأصولي منذ فترة باكرة على هذه الثلاثية بعينها وإغفال ما عداها أهميتها البالغة في إعمال أحكام الجرائم والجنايات والضمانات، مما لا غنى عنه في ضبط الأمن والسلم الاجتماعيين؛ توضيحه أن الأفعال الضارة وكذا جرائم القتل - على سبيل المثال - لا يمكن إثبات ضمانها والعقوبة عليها إلا بإثبات السببيَّة والشروط بعد انتفاء الموانع.

والخلاصة أن المقاصد الشرعية من إثبات الأحكام متمثِّلةٌ - بوجه العموم - في فرض الامتثال المحقِّق للمصالح المقصودة شرعًا، وبيان الرضا أو الرفض شرعًا بدرجاتهما المختلفة للأفعال والعلاقات الاجتماعية، وكذا إثبات المسؤولية أو نفيها مما هو لازم لإقامة الأمن والسلم في المجتمع.

ويقتضي الواجب الالتفاتَ إلى أهمية إفراد مقاصد الأحكام الشرعية بدراسة مستقلة، وذلك من وجهة إقامتها الأدوات والآليات التشريعية المحقِّقة للمقاصد التي أرادتها النصوص والأدلة الشرعية.

(٥) مقارنة:

أقصد من هذه المقارنة بين المعايير التي انتهى إليها الدرس الأصولي في الحكم على الأفعال والعلاقات الإنسانية وتحديد درجة مشروعيتها في سُلَّمِ طلب الفعل أو الترك وما عليه الحال من ذلك في النظر القانوني إلى تحقيقَ مقاصد معينة، يأتي في مقدمتها توضيح معقولية النظر الأصولي في تحديد سُلَّمِ الأحكام أو المعايير التي توزن بها الأفعال الإنسانية، وإدراك الأهداف العمليةَ المتنوِّعة لهذا النظر في وزن هذه الأفعال، حتى لتشمل هذه الأهداف العمل على ضبط العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لا مجرَّد وزن هذه الأفعال بموازين الحِل والحرمة.

وبهذا لا ينحصر الهدف من المقارنة في بيان أوجه الشبه أو الاختلاف بقدر ما يمتدُّ إلى التعرف إلى المقاصد التي يتغيَّاها النظامان المقارن بينهما، مما يساعد في فهم بنية التفكير الخاصَّة بكلٍّ منهما، وتحليل هذه البنية.

لقد هدفت الأجزية القانونية (Legal Sanctions) والمعايير الأصولية في الحكم على الأفعال إلى كلٍّ من الامتثال للقواعد المشروعة، ووصف درجة طلب الفعل الإنساني أو تركه، وترتيب علاقة الفعل بالأجزية المترتبة عليه لإثبات المسؤولية، وما يترتب عليها أو نفيها حسبما تقدَّم، غير أن المعايير القانونية لم تنل حظًّا مماثلًا من الضبط والإحكام المنطقي الذي حظيت به معايير الأحكام الأصولية.

ومع ذلك، يجري استخدام القوانين المختلفة لهذه المعايير الأصولية باصطلاحاتٍ مشابهة، ومن أمثلة ذلك من القانون المدني المصري ما جاء في نصِّ مادته الثانية أنه: «لا يجوز إلغاءُ نصٍّ تشريعيٍّ إلا بتشريعٍ لاحقٍ ينصُّ صراحةً على الإلغاء...»، وفي المادة الثامنة والأربعين أنه: «ليس لأحدٍ النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها». أما المادة التاسعة والثمانون التي تنصُّ على تمام «العقد بمجرَّد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين»، فتحدِّد بلغة الأصوليين السبب المعتبر قانونًا لتمام العقد.

وتجدر ملاحظة أن القاعدة القانونية تتسم بالتجرُّد والعموم نتيجة تعلُّقها بوصفٍ مجرَّد وعام، وهذا الوصف يمكن أن يكون سبب الجزاء أو شرطه أو المانع منه؛ فالموظَّف العامُّ المُختلِس يعاقَب بالسجن مدَّة معينة؛ وهذا الجزاء بالحبس سببه الاختلاس، والشرط أن يكون هذا الاختلاس صادرًا من موظفٍ عامٍّ.

وإذ تتفق الأحكام الشرعية الأصولية مع الجزاءات القانونية بأنواعها الجنائية والمدنية والتأديبية والإجرائية في المقاصد العامَّة على النحو السابق بيانه، فإنهما يختلفان في عددٍ من الجوانب، منها أن هذه الجزاءات مفصلةٌ تفصيلًا يصعب معه ضبطها إلا بالنظر إلى مقاصدها وأنواعها، وهي أشبه بالنتائج المترتبة على موافقة القاعدة القانونية أو مخالفتها. وتتنوَّع الأجزية القانونية فيما قد يستفاد مما سبق إلى جزاءاتٍ مدنية (civil sanctions)، وإجرائية

(procedural sanctions)، وجنائية (criminal sanctions)، ودولية (international sanctions).

وتقدِّم هذه الجزاءاتُ جوابرَ وزواجرَ قُصِدَ منها حماية المجتمع أو الفرد أو المؤسسات والمصالح الاجتماعية من الأضرار التي قد تتهدَّدها. ولن يزيد دور الأحكام الشرعية الأصولية عن تحديد وصف الفعل الموجب لهذه الجزاءات من الوجهة التكليفية والوضعية. ولتوضيح ذلك من القانون الجنائي المصري، فإن المادة (٢٣٠) منه تنصُّ على أن: «كل مَنْ قتل نفسًا مع سبق الإصرار أو الترصُّد يعاقَب بالإعدام»؛ ذلك أن هذه المادة تؤثم القتل وتجرِّمه، والقتل هو السبب، فيما تحكم به من الناحية التشريعية العملية، وهو إعدام القاتل، والشرط الوارد على السبب أن يكون مع سبق الإصرار أو الترصُّد، وهكذا يماثل الحكم التشريعي القانوني العملي الحكم الفقهي في ابتنائهما على موازين النظر الأصولي الذي لا غنى عنه في التطبيق العملي. ولعله اتضح الآن أن الجزاءات الجنائية والمدنية والتأديبية التي تشكِّل ركن القاعدة التشريعية القانونية محلها كل من النظر الفقهي والقانوني.

مقارنة بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية:

اتضح فيما سبق تعريف الحكم الشرعي لدى الأصوليين والفقهاء، وأنه - طبقًا لما يفيده الخلاف بين الفريقين - هو الخطاب الشرعي المتعلِّق بأفعال المكلَّفين، أو هو الأوصاف التي تثبت لأفعال المكلَّفين بهذا الخطاب.

ويقابل الحكم الشرعي ما يُعرف في القوانين بالقاعدة القانونية؛ فإن الحكم الشرعي هو الهدف الذي يسعى الفقيه إلى الكشف عنه ومعرفته من أجل تيسير التزام المكلَّفين به وتطبيقه في حياتهم، ويضمُّ علم الفقه الأحكامَ الشرعية للعلاقات والأفعال الإنسانية في جوانبها المختلفة. وتشكِّل القاعدة القانونية كذلك الهدف الذي يسعى المشتغلون بالدرس القانوني إلى تحصيله، وغايتهم تيسير تطبيقها في الواقع الاجتماعي. ويتفق الحكم الشرعي والقاعدة القانونية فيما يتصفان به من العموم والتجريد. ويفترقان في هذا عن الحكم القضائي أو واقعة الفتوى، لتلبُّسهما بواقعٍ معيَّن وظروفٍ خاصَّة وأشخاصٍ معينين.

الاختلاف:

يختلف الحكم الشرعي عن القاعدة القانونية في مصدر كلٍّ منهما وطبيعته والأهداف التي يتغيَّاها كلٌّ منهما، طبقًا لما نبيِّنه فيما يلي:

من حيث المصدر، ترجع الأحكام الشرعية في أصولها وقواعدها العامَّة إلى الوحي الإلهيِّ قرآنًا أو سُنَّة. وتحيط هذه الأصول والقواعد المستندة إلى الوحي بأفعال المكلَّفين وبالعلاقات الإنسانية المختلفة، طبقًا لما عبَّر عنه علماء المسلمين، ودلَّت عليه نصوص الوحي. يقول الشافعي: «فليست تنزل بأحدٍ من أهل دين الله نازِلةٌ إلَّا وفي كتاب الله الدليلُ على سبيل الهدى فيها»، إما بالنصِّ عليها أو بالإرشاد إلى وجه الحقِّ فيها عن طريق العلامات والأمارات والأدلَّة التي نصبها الشارع للمجتهدين ليهتدوا بها. وهذه الإحاطة وهذا الشمول هو ما دلَّ عليه قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣]، وقوله: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ [النحل: ٨٩]، وقوله: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِى ٱلْكِتَٰبِ مِن شَىْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨].

أما الأصول التي ترتدُّ إليها القاعدة القانونية، فتختلف الآراء بشأنها اختلافًا بيِّنًا، فيرى أتباع مدرسة القانون الطبيعي أن القاعدة القانونية ترجع في أصلها إلى مبادئ القانون الطبيعي المركوزة في النفس الإنسانية والثابتة الخالدة التي لا تتغيَّر بتغيُّر الزمان والمكان؛ كالحقِّ والعدل والخير والمساواة والحرية.

أما المدرسة التاريخية التي ظهرت في القرن التاسع عشر، فترد أصل القاعدة القانونية إلى البيئة الاجتماعية. وطبقًا لذلك، فإن هذه المدرسة ترى أن القاعدة القانونية محكومةٌ بتطوُّر المجتمع، ومتغيِّرة بتغيُّره، وخاضعة لحاجات المجتمع وظروفه.

وتُرجع النظريات الوضعية أصلَ القاعدة القانونية إلى إرادة الدولة ومشيئتها؛ إذ يذهب أوستن - على سبيل المثال - إلى أن القاعدة القانونية ليست إلا هذه الأوامر الموجَّهة من الأعلى إلى الأدنى. ولا يبعد كيلسن عن هذا التصوُّر. وتجتمع هذه النظريات الوضعية وما يماثلها في ردِّ أصل القاعدة القانونية إلى اختيار المشرِّع الوضعيِّ وإرادته باعتباره هو الذي يصنع القانون.

ويبدو التباين واضحًا بين الأصل الذي يرجع إليه الحكم الشرعيُّ في الفلسفة التشريعية الإسلامية، وبين أصل القاعدة القانونية في هذه النظريات القانونية المختلفة. إذ تسلِّم الفلسفة التشريعية الإسلامية بأن الأحكام الشرعية ترجع إلى الله، وأنه هو مصدرُ هذه الأحكام، وبهذا ينحصر عمل المجتهدين في الكشف عن الأحكام التي أوجب الله اتباعها، وتستند الدولة في فرض هذه الأحكام إلى نوعٍ من السلطة المستمدَّة من تكليف الله لها بذلك، على حين تردُّ النظريات الوضعيةُ القانونَ إلى إرادة الدولة ومشيئتها طبقًا لما تقدَّم، كما ترده نظرية القانون الطبيعي إلى المبادئ الفطرية المركوزة في النفس الإنسانية.

ويبدو عند النظر إلى افتراض صدور الأحكام الشرعية عن الله عز وجل، فيما تسلِّم به الفلسفة التشريعية الإسلامية، أن دور العقل الإنساني في الوصول إلى الحكم الشرعي محدودٌ للغاية في هذه الفلسفة، ويكاد ينحصر هذا الدور في صياغة الأحكام الشرعية أو اكتشافها والتعبير عنها والعمل على تطبيقها في الظروف العملية المختلفة.

ولن يكون دور علم أصول الفقه - طبقًا لهذا التصوُّر - سوى تحديد معالم المنهج الذي يمكن استخدامه للكشف عن هذه الأحكام الصادرة عن الله من أدلتها التفصيلية. وقد ركَّز الأصوليون - ابتداءً من عهد الشافعي - على تأكيد الطبيعة الإلهية للأحكام الشرعية على نحوٍ أدَّى إلى ضمور الوعي بحقيقة الدور الخلَّاق للعقل الإنساني في إحكام الصناعة الفقهية وتطورها، مما يستلزم البحث في طبيعة الدور الذي يقوم به العقل الإنساني في الوصول إلى الحكم الشرعي.

وبادئ ذي بدء، فإن الفلسفة التشريعية الإسلامية تسلِّم للعقل الإنساني بدور بارز واضح في الوصول إلى الحكم الشرعي على الرغم من ثانوية هذا الدور وتبعيته للطبيعة الإلهية للحكم الشرعي. ويبدو لي أحيانًا أن غموض الدور الذي يقوم به العقل الإنساني في الكشف عن الأحكام الشرعية والوصول إليها مسؤولٌ عن كثيرٍ من الظواهر الخطيرة في التاريخ الإسلامي، كرفع الخوارج شعار «لا حكم إلا لله» بعد التحكيم بين عليٍّ ومعاوية في صفين، وكإضفاء صفة القداسة على بعض الاجتهادات المذهبية إلى الحدِّ الذي يعلن فيه الكرخي

وجوبَ تأويل الآيات والأحاديث إذا بدت في معناها الظاهر مخالفةً لما رآه أئمَّة المذهب الحنفي.

ولا يمكن وضع قضية تطوُّر التفكير الفقهي واختلاف الأحكام وضعها الصحيح إلا بتحديد أبعاد الدور الذي يقوم به العقل الإنساني في الكشف عن الحكم الشرعي والوصول إليه، وهو ما يتطلَّب بحثًا خاصًا ألفتُ النظر إلى أهميته في هذا السياق. ومع ذلك، فإن هذا الدور الذي يقوم به العقل الإنساني في الوصول إلى الحكم الشرعي واكتشافه دورٌ يتشكَّل في الفلسفة التشريعية الإسلامية من الأبعاد التالية:

(١) يتضح الأصل الإلهي للأحكام الشرعية في هذه القواعد الكليَّة والمبادئ والتشريعات المتضمَّنة في القرآن الكريم والسُّنة النبوية، مما يطلق عليه مصطلح «الشريعة». وتشمل هذه المبادئ والتشريعات المحدودة العدد - فيما سيتضح بعد ذلك - أحكامَ العبادات وكيفياتها، كما تشمل فضلًا عن ذلك بعضَ التشريعات المتعلِّقة بالأسرة كالزواج والطلاق والمواريث، وبالعقوبات وبتسيير الجيوش والحروب كذلك، وبعضَ القواعد العامَّة كإيجاب العدل ورفع الحرج ومنع الضرر، وعددًا من التشريعات التفصيلية.

(٢) يتضح التسليم بدور كبير للعقل الإنساني في الوصول إلى الأحكام الشرعية بإفساح المجال للاجتهاد الإنساني، سواء كان هذا الاجتهاد فرديًا أم جماعيًا، وسواء تعلَّق هذا الاجتهاد بتفسير النصوص أم بتحديد مجال عملها وتطبيقها في الواقع.

(٣) ينطوي التفريق بين الاجتهادين الفردي والجماعي (الإجماع)، وإسباغ نوعٍ من الحجيَّة القطعيَّة للاجتهاد الأخير (الإجماع)، على الاعتراف للعقل الإنساني بدور مؤثر للغاية في قدرته على الوصول للحكم الشرعي.

(٤) اعتبار الأعراف والمصالح والاستحسان من الأصول التي يستند إليها المجتهد دليلٌ على التسليم للعقل بدور أكثر استقلالًا من دوره عند الاستناد إلى الأصلين الأساسيين، وهما: القرآن والسُّنة. ذلك أن الأعراف تتكوَّن بفعل قوى عديدة في المجتمع، وتستند إلى ما يقبله العقل السليم وإلى ما يحقِّق المصالح.

وكذا فإن للعقل دخلًا في التعرف إلى المصالح والمفاسد، ويعتمد الاستحسان على الموازنة العقلية بين الاحتمالات المختلفة لاختيار أقربها إلى العدالة والمصلحة.

(٥) يكفي لإعمال العقل في بحثه عن الحكم الشرعي بالاستناد إلى الأدلة السابقة ألَّا تتعارض مع نصوص القرآن أو السُّنة. ويكفي مجرَّد عدم التعارض اعتماد النتيجة التي يصل إليه العقل من وجهة النظر الأصولية.

النتائج:

ينتج عن هذا التحديد لدور العقل الإنساني في البحث عن الحكم الشرعي عدَّة نتائج، من بينها:

(١) أن دور العقل الإنساني تابعٌ للنصوص وثانويٌّ بالنسبة إليها، يتقيَّد بها أحيانًا، ولا يتعارض معها في كل الأحايين. ويبدو الإصرار على تقيُّد العقل بالنصوص الشرعية في البحث عن الحكم الشرعي بإصرار كثيرٍ من فقهاء المذهب الحنفي على أن الأصل في العقود والمعاملات والأشياء الحظر إلى أن يرد دليل الإباحة، كما يبدو الاكتفاء بعدم التعارض مع النصوص في الاتجاه إلى أن الأصل في الأشياء والمعاملات الإباحة ما لم يرد دليل الحظر والمنع.

(٢) لا يختلف هذا التقييد لدور العقل في الفلسفة التشريعية الإسلامية عن التقييد الذي تعرفه الفلسفات القانونية الوضعية بالنسبة إلى كلٍّ من المشرِّع والقاضي؛ إذ يلتزم المشرع - طبقًا لهذه الفلسفات - بالمفاهيم العامَّة التي يقوم عليها المجتمع، ويفرضها نظامه العام وأخلاقه وآدابه، وعلى المشرع أن يتقيَّد بهذه المفاهيم، بحيث لا يتعارض معها. ويتقيَّد القاضي في اجتهاداته بنصوص القانون، فإن لم يوجد النصُّ الذي يحكم الواقعة الماثلة أمامه اتجه إلى إعمال الأعراف والمبادئ العامَّة للعدالة. من ذلك ما نصَّ عليه القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى القاضية بأنه: «إذا لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ يمكن تطبيقه حكمَ القاضي بمقتضى العُرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

ويتضح من ذلك أن دور العقل الإنساني مقيَّدٌ في الفلسفة التشريعية الإسلامية بالمبادئ التي أرستها النصوص الشرعية، مثلما هو مقيَّد كذلك في الفلسفات القانونية الوضعية بالأسس العامَّة الضابطة للنظام العام للمجتمع، والتي تشكِّل أخلاقه وعقيدته وأساس العلاقات فيه.

(٣) وظيفة العقل في البحث عن الحكم الشرعي هي تحقيق المصالح الاجتماعية والفردية على السواء، دونما تضحية بالمصلحة الفردية إلا إذا تعارضت مع المصالح الاجتماعية. وهذا هو ما يلخِّصه ابن القيم بقوله: «حيثما كانت المصلحة فثَمَّ شرع الله». وقد دلَّ استقراء الأحكام الشرعية على أن قَصْدَ الشارع من هذه الأحكام هو حفظُ الضرورات والحاجات والتحسينات. وعلى الفقيه المسلم واجب تحقيق هذه المصالح في إطار عدم التعارض مع المبادئ الشرعية التي أوجبتها النصوص.

(٤) إذا كان دور العقل هو دور التابع للنصوص فيما استقرت عليه الفلسفة التشريعية الإسلامية، فإن دور الوحي هو دور الحادي الهادي للعقل، وكلٌّ منهما يساند الآخر ويعاضده ويؤيده. وهذا محلُّ اتفاقٍ بين الجميع، وهو ما يعبِّر عنه الشاطبي بقوله: «فإذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية، فعلى شرط أن يتقدَّم النقل فيكون متبوعًا، ويتأخَّر العقل فيكون تابعًا، فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل».

بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية:

على الرغم من هذا الدور الذي تعترف به الفلسفة التشريعية الإسلامية للعقل، فإن الفقهاء والأصوليين يتفقون على ردِّ الأحكام الشرعية في جملتها إلى الله سبحانه وتعالى؛ ولهذا تتخذ الأحكام الشرعية طابعها الديني، سواء في مجال المعاملات أو العبادات أو العقوبات أو العلاقات الدولية. ولهذا تستوجب مخالفة هذه الأحكام الأجرية الأخروية من العذاب في النار، كما يؤدي امتثال هذه الأحكام إلى المثوبة في الجنة. ومن جهة أخرى، فإن مجالات الحكم الشرعي تشمل الجوانب الخلقية والقانونية وأحكام الشعائر الدينية. وفي هذا تختلف القاعدة القانونية المنحصرة في مجال التشريع والقانون

عن الأحكام الشرعية. ومع ذلك، فإنهما يتفقان في القصدِ إلى ضبط العلاقات والسلوك الإنساني.

وتظهر المقارنة بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية اختلافهما بوجه الإجمال فيما يلي:

(١) الجزاء في القاعدة القانونية جزاء معيَّن تحدِّده القاعدة وتنفذه سلطات الدولة وتلتزم به المحاكم، أما الجزاء على مخالفة الأحكام الشرعية فهو حصولُ سخط الله ولعنته والإثم والعذاب الأخروي فضلًا عمَّا قد يقع في الدنيا من أجزية تلزم بها المحاكم وتنفذها سلطات الدولة، وذلك كالعقوبات في الحدود وكالحكم بصحَّة العقود أو فسادها أو ثبوت النَّسَب ووجوب المهر في الزواج.

(٢) تفسح الأحكام الشرعية مجالًا أكبر للاعتراف بتأثير القصود والنوايا؛ وذلك لأن الأعمال بالنيَّات، طبقًا للحديث الذي بدأ به البخاري صحيحه. وهذا هو ما تضمَّنته القاعدة الفقهية القاضية بأن العبرة في العقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

(٣) موضوع الأحكام الشرعية ومجالها الذي تتعلَّق به هو أفعال المكلَّفين، فعلًا أو تركًا أو تخييرًا أو وضعًا، كما أن هذه الأحكام تحدُّ للمكلَّفين الحدود التي يلزمهم اتباعها في أفعالهم وأقوالهم واعتقاداتهم، طبقًا لما عبَّر عنه الشاطبي.

أما القواعد القانونية فتتعلَّق بالروابط والعلاقات الاجتماعية لتحديدها عن طريق إنشاء الحقوق وحمايتها. ولهذا فإن دراسة الحقوق هي دراسة القانون. والأمر بإيجاز أن موضوع الأحكام الشرعية هو هذه التكاليف التي ألزم بها الله سبحانه، على حين أن موضوع القواعد القانونية هو هذه الحقوق. وبعبارة أخرى، فإن الأحكام الشرعية تركِّز على التكاليف في ضبط السلوك الفردي وتنظيم العلاقات الاجتماعية على حين أن القواعد القانونية تتخذ من إقامة الحقوق أسلوبًا لتنظيم العلاقات والروابط الاجتماعية.

(٦) الأحكام القضائية:

مما يجدر التعرُّض له في هذه المقارنة أن نبيِّن ولو بإيجازٍ علاقةَ الأحكام الشرعية بالأحكام القضائية؛ ذلك أنه قد يصحُّ القول بأن الأحكام الشرعية وصفيَّة نظريَّة، أما الأحكام القضائية فتعني الأحكام والقرارات المتعلِّقة بإنهاء الخصومة والنزاع، سواء كانت قاطعةً، كالحكم بتغريم المدَّعى عليه أو حبس المشكو في حقِّه أو التطليق؛ أو لم تكن قاطعةً ومُنهيةً للنزاع، كالحكم بالتأجيل أو الإحالة للخبير. ويصدر الحكم القضائي قابلًا للطعن إذا أصدرته محكمة ابتدائية أو غير قابلٍ للطعن إذا أصدرته محكمة عليا، ويصدر الحكم القضائي مشتملًا على مقدمة تشير إلى اختصاص المحكمة وأسماء هيئتها وتاريخ الدعوى وإثبات موضوع النزاع وطلبات الخصوم وأدلتهم، والحكم الذي اطمأنت إليه المحكمة والأدلَّة التي استندت إليها، وغير ذلك مما يلزم وضعه في الاعتبار عند تحليل الأحكام القضائية.

ويستمدُّ الحكم القضائي مشروعيته من موافقته الحكم الشرعي وعدم تعارضه معه، طبقًا لما يستفاد من تعريفاته الفقهية التي تنسب الحكم القضائي إلى أساسه الشرعي؛ فقد عرَّف ابن الغرس الحكم القضائي بأنه: «هو الإلزام في الظاهر على صيغة مختصَّة بأمر ظنَّ لزومه في الواقع شرعًا»[١٥]، وفي المادة (١٧٨٦) من مجلة الأحكام العدلية أن: «الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها»، ويعرِّفه القرافي بأنه: «إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب مما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا»[١٦]، ويربطه ابن عرفة وآخرون بتنفيذ الحكم الشرعي وتطبيقه؛ فهو عند ابن عرفة: «جزم القاضي بحكم شرعيٍّ على وجه الأمر به»[١٧]، وهو عند ميارة: «مجرَّد الإلزام بالحكم

---

(١٥) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م)، (٥/ ٣٥٢).

(١٦) الإحكام في تمييز الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية (١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م)، ص٢.

(١٧) الديباج المذهب لابن فرحون، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، (٢/ ٢٣١) وما بعدها.

الشرعي»[١٨]، ولا يبعد عن هذا تعريف بعض الشافعية للحكم القضائي بأنه: «إلزام من له الإلزام بحكم الشرع»، وأنه «إظهار حكم الشرع في الواقعة ممَّن يجب عليه إمضاؤه»[١٩]، وهو عند البهوتي: «الإلزام بالحكم الشرعي»، و«فصل الخصومات»[٢٠].

ويتضح من هذه التعريفات أن الحكم القضائي هو الذي يتولَّى الإلزام بالحكم الشرعي وتطبيقه في الواقع ممَّن وُسِّد إليهم هذا الإلزام.

(٧) الأحكام التشريعية والقضائية والإفتاء:

تتميَّز الأحكام التشريعية والقضائية عن الإفتاء في معنى الإلزام الذي يتوافر للسلطة المصدرة لهذه الأحكام في كلٍّ من التشريع والقضاء دون الإفتاء؛ إذ لا سلطة للمفتي في فرض آرائه والإلزام بها، سوى هذه السلطة الأدبية التي يستمدُّها من مكانته العلمية ومركزه الاجتماعي. أما الأحكام التشريعية، فتصدر عن سلطة الدولة وولايتها العامَّة عن طريق السلطة القضائية المخولة فرض هذه الأحكام بولاية خاصَّة على المتقاضين، وعلى الدولة تنفيذ الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية بما لها من ولاية الإجبار على مواطنيها.

وقد نظمت الدول الإسلامية المتعاقبة منذ أول الأمر مؤسسات الإفتاء والتشريع والقضاء، وهو ما تدلُّ عليه سجلات المحاكم الشرعية أيام المماليك والعثمانيين. ويدلُّ على انفصال التشريع عن القضاء منذ أول الأمر ما رواه أبو عبيدة عن ميمون بن مهران أن أبا بكر ﵁ كان إذا ورد عليه حكمٌ نظر في

---

(١٨) شرح ميارة على تحفة الحكام لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ)، (١/ ٨).

(١٩) انظر هذه التعريفات في: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، للدكتور عبد الناصر موسى أبو البصل، طبعة دار النفائس، الأردن (بدون تاريخ)، ص٣٤ وما بعدها.

(٢٠) كشاف القناع للبهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، (١٤٠٢هـ)، (٦/ ٢٨٠). وانظر تعريفه لدى المحدثين بما لا يخرج عن ذلك في: محمد زيد الإبياني، مختصر مباحث المرافعات الشرعية، ص١٠٢؛ ومحمد نعيم ياسين، الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، (٢/ ٢٠٣)؛ وأبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص٥٢ وما بعدها.

كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد نظر في سُنَّة رسول الله ﷺ، فإن أعياه ذلك سأل الناس: هل علمتم أن رسول الله قضى فيه بقضاء؟ فربما قام إليه القوم فيقولون: قضى فيه بكذا وكذا، فإن لم يجد سنَّةً سنَّها النبيُّ ﷺ، جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به. وكان عمر رضي الله عنه يفعل مثل ذلك(٢١).

ويدلُّ ذلك على أن العدالة لم تكن ما يراه أبو بكر أو عمر، وإنما كان عليهما أن يتبعا خطَّة متدرِّجة للبحث عن الحكم الشرعي في القرآن والسُّنة وما يتوافق عليه رؤساء الناس، وأصحاب العقول الراجحة، ممَّن يعبِّرون عن مصالح المجتمع، ويستطيعون تبيُّن وجه الحقِّ والعدل.

(٨) التصنيف الأصولي لنظرية الأحكام:

لضبط مباحث الحكم الشرعي، يميِّز الأصوليون بين الجوانب التالية:

(أ) **المحكوم به**: وهو الوصف الشرعي المتعلِّق بأفعال المكلَّفين من وجوبٍ وحُرمةٍ وسببٍ وشرطٍ وغيرها من هذه الجزاءات العملية المترتبة على موافقة الأوصاف التكليفية.

(ب) **الحاكم**: الذي هو مصدر شرع الأحكام.

(ج) **المحكوم فيه**: وهو الفعل الإنساني وما يتعلَّق به مما يرتبط به الحكم الشرعي.

(د) **المكلَّف**: الذي تتعلَّق به الأحكام وترجع إليه نتائجها والمسؤولية عنها.

وسيأتي توضيح مباحث الأحكام بهذا الترتيب. ويتسم هذا التصنيف الرباعي لمباحث الأحكام بالاستيعاب والشمول، وهو ما تخلو منه المؤلفات الأصولية الباكرة، حتى إن «**الرسالة**» لا تشير إلى شيء من التقسيم الأعم

---

(٢١) رواه الدارمي في السنن، باب الفتيا، رقم (١٦١)؛ والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب أدب القاضي؛ والدارقطني. لكن لم يدرك ميمون بن مهران أبا بكر.

للأحكام الشرعية بالتفريق بين الحكم التكليفي والوضعي. وينطبق ذلك على أصول البزدوي (ت: ٤٨٢هـ)، الذي يتناول بعض المباحث المتعلِّقة بدلالات الألفاظ، والأدلة الشرعية المعروفة، ليختم كتابه بالتعرُّض لبعض مباحث الأهليَّة.

ويبدو أن الدبوسي (ت: ٤٣٠هـ) قد تقدَّم شيئًا ما في تناول نظرية الأحكام الأصولية، فيشير على نحوٍ عابرٍ للفرق بين السبب والشرط[٢٢]؛ كي يسهب عقب ذلك في بيان أسباب العبادات، واحدة تلو الأخرى. ويبدو مع هذا أن مفهوم السبب لم يكن قد تحدَّد على النحو الذي صار إليه الأمر عند الأصوليين فيما بعد، وهو ما يتضح من بيانه الغامض لسبب المعاملات بأنه: «تعلُّق البقاء المقدور بتعاطيها». ويتناول تحت عنوان: «منازل المشروعات حقًّا لله تعالى» - الذي تطور إلى الأحكام التكليفية فيما بعد - كلًّا من الفريضة والواجب والسُّنة والنافلة والأداء والقضاء والعزيمة والرخصة[٢٣].

أما ابن حزم (ت: ٤٥٦هـ)، فقد تجاهل في إحكامه تجاهلًا تامًّا موضوع الأحكام الشرعية، على الرغم من إسهابه في تفصيل وجهة نظره، وفي الردِّ على خصومه أيضًا، فيما يتعلَّق بالصيغ اللغوية والأدلة الشرعية التي استحوذت على المجلدات الثمانية لكتابه الذائع الصيت في علم الأصول، والذي حقَّق نصوصه الشيخ أحمد شاكر.

ولا تكتمل نظرية الأحكام الشرعية كذلك في برهان الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، خلافًا لما هو متوقَّع، ويبدو اضطراب تناولها عنده في عدِّه «من أحكام الشرع التقبيح والتحسين»[٢٤]، ليعود في معرض حديثه عن الأوامر والنواهي بعد ذلك بقريبٍ من مائتين وأربعين صحيفةً إلى تعريف كلٍّ من الوجوب والحظر والندب والكراهية والإباحة بتعريفاتٍ موجزة.

ولا يخيب تلميذه الغزالي (ت: ٥٠٥هـ) الآمال المعقودة عليه في ترتيب

---

(٢٢) تقويم الأدلة لأبي زيد الدبوسي، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م)، ص٦٢.

(٢٣) تقويم الأدلة، ص٨١-٨٧.

(٢٤) البرهان للجويني (١/ ٨٧).

مباحث الأحكام وتنظيمها واستقصاء تفصيلاتها على النحو الذي استقرَّ عليه تناولها في المؤلفات الأصولية بعده، وذلك في (٣٥) صحيفةً متتاليةً من «المستصفى»[٢٥].

وبهذا يلزم التنويه الآن إلى أن الرحلة التي قطعها التفكير الأصولي لوضع المعايير التي استخدمتها نصوص القرآن الكريم والسُّنة النبوية للحكم على التصرفات الإنسانية في هذا الإطار المنهجي الذي اقتضته الرغبة في تيسير النظر الفقهي كانت رحلةً شاقةً، وضع الغزالي نهايتَها السعيدة، ولا يحقُّ بعد هذا الجهد كلِّه - المبني على استقراء مسالك النصوص والعمل الفقهي في ضبط التصرفات والأفعال الإنسانية، بوصفها وتحديد وضعها في درجات المشروعية المصنفة لها، وبترتيب الأجزية عليها - أن يأتي أحد الباحثين المحدثين في تجديد أصول الفقه كي يقترح اقتلاع نظرية الأحكام الشرعية من مباحث هذا العلم.

(٩) تنفيذ الأحكام وتطبيقها:

إن الهدف من تقرير الأحكام الشرعية هو إعمالها وتطبيقها لتحقيق المصالح الاجتماعية والفردية المنوطة بها. وقد ترك الشارع للأفراد وضمائرهم تنفيذ هذه الأحكام فيما يعسر متابعة تنفيذه، وما يؤدي الإجبار عليه إلى فوات المصلحة المقصودة منه، أو ما وكل الشارع أمر تنفيذه إلى ما ركّب في الإنسان من غرائز. فالصلاة مأمور بها، وهي عماد الدين، وصلة الرحم واجبة، وإلقاء السلام مندوب إليه، غير أن الشرع لم يكلِّف أيًا من المؤسسات الاجتماعية بفرض ذلك على مَنْ لا ينفذ هذه التكليفات.

أما الأحكام الشرعية التي يؤدي عدم تنفيذها إلى تهديد المصالح الاجتماعية في الحياة الآمنة والمستقرة، فقد عمل المسلمون منذ فترة باكرة من تطوُّر مجتمعاتهم على إنشاء المؤسسات القضائية والشرطية والتعليمية والمدنية اللازمة لتنفيذ الأحكام الشرعية.

---

(٢٥) المستصفى للغزالي (١/ ٦٥-١٠٠).

والقاعدتان اللتان يجدر الالتفات إليهما في النظر إلى تطبيق الأحكام الشرعية، هما:

(١) **ما لا يتمُّ الواجب إلا به فهو واجب**: وتفيد هذه القاعدة وجوب إنشاء المؤسسات التعليمية، والتشريعية، والقضائية القادرة على القيام بواجباتها في التعليم الفقهي الراقي، وسن القوانين المتفقة مع الشرع والمحقِّقة للمصلحة، وإقامة نظام قضائيٍّ مستقل، يحقِّق العدالة للمجتمع حكَّامًا ومحكومين، ويرتدُّ وجوب الفصل بين السلطات والحفاظ على استقلال القضاء إلى هذه القاعدة فيما تلزم الإشارة إليه هنا.

(٢) **لا يُنكَر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزمان والمكان والظروف**: وإنما تفيد هذه القاعدة أن الأحكام الشرعية ليست أوصافًا ثابتةً تلتصق بالفعل المحكوم فيه، وإنما علاقتها بهذا الفعل علاقة متغيِّرة بحكم الزمان والأشخاص والظروف المحيطة بالفعل؛ ولذا تختلف عقوبة التعزير على من يرتكب الجريمة الأولى عن عقاب معتاد الإجرام.

(١٠) البحث عن نظامٍ لنظرية الأحكام الشرعية:

شُغل الأصوليون منذ البداية بالبحث عن إطارٍ عامٍّ ينتظم الجزئيات المتنوِّعة المتعلِّقة بالأحكام الشرعية التكليفية والوضعية، ولعلَّ الغزالي في تقسيمه لمباحث الأحكام تقسيمًا رباعيًّا، يشمل الحاكم والمحكوم به والمحكوم فيه، هو أول مَنْ سعى إلى رسم هذا الإطار النظري البالغ الجاذبية والإحكام الذي لم يجد من بعده بُدًّا من متابعته. غير أن الواجب لتفعيل هذا الإطار النظري في الواقع العملي، ووضع أبعاده المختلفة في نسقٍ عامٍّ، هو الالتفات إلى الجوانب والأسئلة التالية:

أولًا: يلزم إعادة النظر في العلاقات الداخلية بين المسائل الأصولية التي شكَّلت مباحث الأحكام، لبيان أولوياتها، والأنساق التي تنتظم ترتيبها، والوظائف العملية التي تقدِّمها في السعي إلى إقامة نموذج العدالة الذي قدَّمته الشريعة.

لقد قدَّمنا ما يفيد وعي الأصوليين بأن مفاد الأحكام هو بيانُ الحقوق، وسيفيد وضع هذا الوعي في أول سُلَّم الأولويات في تعزيز مسعى إقامة نظامٍ قانونيٍّ ينظر إلى المصالح الإنسانية المتنوِّعة والمتجدِّدة بمعايير لا تتعارض مع العقل والمنطق، بخلاف البدء من مصدرية الشرع الشاملة لجميع الأحكام الذي سيتناسب مع نظام قانونيٍّ ثابت، يصطبغ ولو شكليًّا بالصبغة الدينية، ويرفع من شأن رموزه وممثليه إلى مستوى الولاية التي يستلهمون بها الحكم الشرعي. ورغم أن ابن سينا من خارج دائرة النظر الأصولي التقليدي، فقد نجح هذا الفيلسوف الذائع الصيت في التفريق بين مستويات هذه المصدرية على نحوٍ يميز بين ما يرجع للشرع والمتشرعين والفقهاء والقضاة، ويتفق بالتأكيد اختيار هذا التمييز مع البحث عن نظام عصريٍّ للعدالة يؤكِّد حقوق الناس ومسؤولياتهم.

ثانيًا: إذا ثبت افتراض أن الأحكام الشرعية تقدِّم نظامًا متكاملًا من الحقوق، فإن الواجب هو السعي إلى ترتيب هذه الحقوق في نظامٍ يحدِّد أولوياتها وعلاقاتها المفيدة للتكامل أو التعارض فيما بينها عند النظر في تطبيقاتها العملية. ولتوضيح ذلك، فإن العدالة التي تأتي في قمَّة النظام التشريعي الواجب سيندرج تحتها في الجانب السلبي تحريم أكل أموال الناس بالباطل، والإدلاء إلى الحكَّام، على أن يأتي في الجانب الإيجابي الإلزام بالوفاء بالعقود، ومن المحتمل أن يحتلَّ مبدأ الكرامة الإنسانية: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، والحرية الدينية: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [البقرة: ٢٥٦] على التوالي؛ موقعًا مباشرًا تحت موقع العدالة، وستندرج آية: ﴿مَن يَرْتَدَّ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ﴾ [المائدة: ٥٤] تحت المبدأ العام القاضي بأن ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾.

ويقدِّم هذا الفهم المتراكب للمبادئ والأحكام الشرعية أساسًا مختلفًا عمَّا يقوم عليه النَّسْخ الذي يفترض أفقيَّة العلاقات بين الأحكام والمبادئ، والتساوي بين مراكزها؛ ولذا تصلح آية السيف وحدها أن تقصي - عند أصحاب هذه النظرة - مائة وثلاث عشرة آيةً من القرآن نفسه عن التطبيق، وتتمثَّل الحجج التي يمكن استخلاصها لدعم هذا الترتيب الرأسي للمبادئ التشريعية في أن القرآن لا يسوي بين الكبائر واللَّمَم، ولا بين العمد والخطأ.

ثالثًا: يلزم تصنيف الأحكام الشرعية من زاويةٍ أخرى للتفريق بين ما هو

من قبيل الكليات أو الجزئيات؛ وذلك لتحديد المجال الذي يعمل فيه كلٌّ منهما؛ فالأمر بقتل المشركين أو عقد السلم معهم إن جنحوا له أو موادتهم عند عدم تعديهم أحكامٌ جزئية، على حين يأتي الأمر بالإحسان في سياقات معاملة الوالدين واليتامى والزوجات والأقارب وغيرهم لإرساء قاعدة كليَّة يمكن أن يندرج تحتها الإحسان إلى المدين بإنظاره إلى حين يساره، وكذا فإن توثيق الديون على النحو الذي أتت به آيتا المداينة والرهن من قبيل الأحكام الجزئية التي تستوجبها قاعدة العدالة.

وتكْمُن فائدة هذا التصنيف في إدراك عناصر النظام التشريعي من جهة، فضلًا عن تحديد آليات إعمال هذا النظام في الظروف الحادثة من جهة أخرى. وعلى سبيل التوضيح، فإن آلية القياس ليست هي الآلية المناسبة لإعمال المبادئ الكلية كالعدل والإحسان، على أن استثمار هذه المبادئ في وقائع جزئية عن طريق الاستحسان أو غيره قد ييسِّر إعمال القياس. إن العدالة تتطلَّب المساواة بين المتخاصمين في إعطاء كلٍّ منهما فرصة مماثلة لعرض بيِّنته، ويجوز تعدية ذلك بالتأكيد عن طريق القياس إلى وجوب المساواة بين ممثِّل النيابة والمتَّهم في تقديم مؤيدات براءته.

والذي أودُّ التأكيد عليه في هذه الخلاصة، هو وجوب الالتفات إلى النظام القانوني المحكَم الذي قد يُستنبط من التناول الأصولي لمباحث الأحكام.

الفصل الثاني

المحكوم به (الحكم الشرعي)

(١) معنى الحكم الشرعي:

تقدَّم أن الحكم الشرعي في التصنيف النهائي الذي صار إليه نوعان: تكليفيٌّ ووضعيٌّ. ومعنى **التكليف** إلقاء المسؤولية على المكلَّف، وتوجيه الخطاب الشرعي إليه بطلب الفعل أو الترك أو بالتخيير بينهما. أما **الوضع** فمعناه: الحال أو العلاقة بين شيئين أو أمرين، والحكم باعتبار أحدهما سببًا في الآخر أو شرطًا له أو مانعًا منه، فالعلاقة التي نصبها الشارع بين الزوال أو الغروب ووجوب صلاة الظهر أو المغرب هي أن الأمر الأول سببٌ للثاني، ورضا العاقدين سببٌ لوجوب أحكام العقد في الشرع، إذا اجتمعت في العاقدين شروط الأهليَّة، ولم يقم بأحدهما مانع يمنعه من التعاقد، كالحَجْر عليه لإفلاسه؛ والإهمال أو التقصير سببٌ لإيجاب التعويض، بشرط الضرر؛ كذلك فإن حولان الحول (مرور العام) على المال المزكَّى شرطٌ لوجوب الزكاة، وانعقاد العقد من كامل الأهليَّة مع استجماع الشروط سببٌ لوجوب الوفاء به، والقتل العمد سببٌ لوجوب القصاص، وعفو أولياء القتيل مانعٌ من هذا الوجوب، وإتلاف مال الغير موجبٌ للضمان أو المسؤولية التقصيرية، وقتل الوارث للمورِّث مانعٌ من الميراث.

ويلزم الالتفات إلى هذا التزاوج البالغ الأثر فيما بين الأحكام التكليفية والوضعية؛ ذلك أن مجال الأحكام التكليفية هو الأفعال الإنسانية والحكم على

هذه الأفعال بالوجوب أو الحرمة أو الإباحة أو غيرها، أما الأحكام الوضعية فمجالها ما يتعلَّق بهذه الأفعال الإنسانية من تحديد أوصافها، والعلاقات بينها، أو بينها وبين غيرها من وقائع ونتائج مادية.

وعلى سبيل المقارنة، فإن التشريع قد يبيح للشركاء اشتراط نسبة من ربح المشروع لطرف ثالث، ويترتب على هذا الاشتراط انتقال هذه النسبة إلى هذا الطرف المحدَّد عند ظهور الربح، وكذلك إذا حظر القانون تشغيل الأطفال إلى سنٍّ معينة، ورتب على ذلك العقاب بإيقاع غرامة على المخالف؛ فالحظر حكم تكليفيٌّ، وترتيب العقوبة (الغرامة) على السبب الموجب لها من أحكام الوضع.

ولا تتعلَّق الأحكام الوضعية أو التكليفية بتحديد العلاقات بين الوقائع الطبيعية كالزلزال وتصدُّع المباني، أو الأمور العقلية كالواحد نصف الاثنين؛ وإنما تتعلَّق هذه الأحكام بالأفعال الإنسانية، وما يترتب عليها من مسببات.

ويشترك الحكمان - التكليفي والوضعي - بهذا في ورودهما على الأفعال الإنسانية على نحو مباشر أو غير مباشر، كما أنهما يتكاملان في تنظيم هذه الأفعال، ولا يمكن إعمال أحدهما دون الآخر؛ فصلاة الظهر واجبة على المكلَّف، غير أن تحديد وقت الوجوب وسببه من قبيل الحكم الوضعي. وكون الزكاة واجبةً من قبيل الحكم التكليفي، لكن إعمال هذا الحكم يفتقر إلى معرفة الأوصاف الوضعية المعروفة (السبب، الشرط، المانع)؛ والتعمُّد هو السبب لوجوب القصاص، ويمنع الحكم به عفو الأولياء، ومن شروطه عند الأحناف المباشرة، واستخدام آلة تمور في الجسم، وتفسد صورته، وتمزقه كالسكين. ويثير غموض التعمُّد تفكير الفقهاء في الماضي والحاضر، فيحاولون إثباته بالنظر إلى الآلة المستخدمة في القتل، أو علاقة القوة بين القاتل والمقتول، أو ظروف القتل (غيلة) بالترصُّد، وسبق الإصرار، وما إلى ذلك.

وبهذا يتضح التكامل المشار إليه فيما بين الحكمَيْن التكليفي والوضعي، وتلازمهما في النظر الفقهي والقانوني. وقد نبَّه القرافي[1] إلى أن هذين

---

(١) نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م)، (١/ ٢٢٨).

الحكمين قد يجتمعان أو ينفردان، مبينًا ذلك بأن الزنا - على سبيل المثال - حرامٌ، وهو سبب الحدِّ، وكذلك «تندرج الحجج المشروعة عند الحكام كالبيِّنة والإقرار واليمين، ونحو ذلك؛ فإنه يلزم من وجودها»[٢]، نشوء العلم أو الظن الغالب في نفس الحاكم عند قيام هذه الحجج.

ومع اشتراكهما في هذا، فإنهما يفترقان في الأمرين التاليين:

الأول: المقصود بالحكم التكليفي هو طلب الفعل أو الترك، ووصف هذا الطلب من حيث اللزوم، بخلاف الحكم الوضعي الذي يقصد به تحديد العلاقة بين أمرين في إطار كون أحدهما سببًا في الآخر أو شرطًا له أو مانعًا منه؛ فوجوب الضمان بردِّ المثل عند إتلاف المال سواء كان المتلف مكلفًا ومخاطبًا بالحكم التكليفي، وهو حرمة إتلاف مال الغير؛ أو غير مكلف بهذا الحكم، كأن يكون صبيًّا أو مجنونًا.

الثاني: الفعل الذي يتعلَّق به الحكم التكليفي أمر مقدور للمكلَّف على حين أن الفعل المتعلِّق به الحكم الوضعي قد يكون مقدورًا للمكلَّف كالقتل المعتبر سببًا لوجوب القصاص والسرقة الموجبة للعقوبة الحدية أو التعزيزية، ويمكن كذلك أن يكون غير مقدور للمكلَّف كالزوال المعتبر سببًا لوجوب صلاة الظهر، وطلوع الهلال لوجوب صوم رمضان، وحولان الحول وهو شرط لوجوب الزكاة، والقوة القاهرة في تخفيف الالتزام؛ فإن هذا كلَّه مما لا يدخل تحت قدرة المكلَّف.

وقد استقصى الزركشي التفريق بينهما في بيانه أن التكليفي لا يتعلَّق إلا بفعل المكلَّف على حين يتعلَّق الوضعي بفعل المكلَّف وبفعل غيره؛ فلو أتلفت الدابة أو الصبي شيئًا وجب الضمان على صاحب الدابة وعلى الوليِّ، وكذلك فإن «الوضعي لا يشترط فيه قدرة المكلَّف ولا علمه، فيورث بالسبب، ويطلق بالضرر، وإن كان المورث والمطلق عليه غير عالمين، ولو أتلف النائم شيئًا، أو رمى في ملكه صيدًا فأصاب إنسانًا ضمنه وإن لم يعلم»[٣].

---

(٢) نفائس الأصول (١/ ٢٢٩)، وما بعدها.

(٣) البحر المحيط (١/ ١٢٩).

ورغم هذا الوضوح في التفريق الذي يقدِّمه، فإنه يخلط ذلك بذكر آراء تنتمي إلى مراحل سابقة لم يكن هذا التفريق قد اتضح فيها. ولذا يناقش إمكان التعارض الذي جرى في ذهن من يفترضونه، ليسجِّل القول بتقديم التكليفي على رأي أو الوضعي على التكليفي في رأي آخر[٤]، دون أن يفكِّر في الافتراض الثالث الصحيح وحده، وهو التزاوج والتكامل والتلازم بين النوعين في ضبط أحكام التصرفات والعلاقات الإنسانية، ويجري هذا الغموض كذلك في تناوله افتراضًا لا طائل من ورائه، مما يتعلَّق بأن الأصل هو الحكم التكليفي، أو أن الأصل هو الوضعي[٥]، مما يحكي الآمدي الخلاف فيه.

(٢) مدى استيعاب معايير الأحكام الأصولية للتصرفات القانونية:

المفترض أن تستوعب الأحكام الشرعية - فيما انتهى إليه النظر الأصولي - التناول الفقهي للأفعال والتصرفات الإنسانية، مما يستوجب الاختبار والتقويم لتحقيق المزيد من الفهم لهذا النظر الأصولي، وسأعتمد في هذا الاختبار على ما جاء في «**بدائع الصنائع**» في موضوع آداب القاضي، حيث يتناول فرضية نصب القاضي، ومَنْ يصلح له، ومن يفترض عليه قبول القضاء، وشرائط جواز القضاء، وآدابه، وما ينفذ من القضايا وما ينقض منها إذا رفع إلى قاضٍ آخر، وما يحله القاضي وما لا يحله، وحكم خطأ القاضي في القضاء، وما يخرج به عن القضاء[٦].

ويدخل كثيرٌ من الأحكام التي تناولها في قسم الأحكام التكليفية، مما يتعلَّق - على سبيل المثال - ببيانه لفرضية نصب القاضي لإقامة مصالح الناس، وفرضية تقلده على من يصلح له إذا عرض عليه، ولم يصلح له غيره، وجواز نصب المقلد قاضيًا.

---

(٤) البحر المحيط (١/ ١٢٨).

(٥) نفسه (١/ ١٢٩).

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني الحنفي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م)، (٧/ ٢).

ويدخل كثيرٌ مما تناوله ضمن الأحكام الوضعية، مما يتعلَّق - على سبيل المثال - ببيانه لشروط الصلاحية للقضاء كالإسلام والبلوغ والحرية والبصر والنطق والعدالة، والعلم بالأحكام وبمعاملات الناس، مفصلًا في هذه الشروط إلى أن يكون بعضها شروط جواز، لا يصحُ التولِّي من دونها، أو شروط ندب واستحسان وكمال.

ومع ذلك، هناك مما ذكره الكاساني في الموضوع نفسه ما لا يدخل تحت أيٍّ من القسمين المذكورين، وإنما هو من نتائجهما؛ كالحكم بنفاذ قضاء القاضي في محلِّ الاجتهاد بما يؤدي إليه اجتهاده، وإنما ترتب الحكم بالنفاذ هنا على الحكم بالصحَّة، ومنه كذلك الحكم بقبول كتاب القاضي إلى القاضي في الدعاوى كلِّها للمصلحة، فهذا القبول نتيجة للحكم بالصحَّة أيضًا، ويمكن اعتباره من الأحكام الوضعية. ومنها أنه لا يجوز القضاء للغائب إلا إذا كان عنه خصم حاضر[٧]، مما قد يترتب عليه عدم نفاذ حكم القاضي على الغائب.

وترجع أكثر آداب القضاء إلى معنى الندب، كالمساواة في النظر إلى الخصمين وأسلوب مخاطبتهما، أما الإهداء إليه من أجنبيٍّ «فلا يقبل، سواء كان له خصومة في الحال أو لا... ولو قبل يكون لبيت المال»[٨]. كما أن على القاضي - فيما ذكره الكاساني بين الآداب - ألَّا يقبل الدعوة الخاصَّة، وهذا مبنيٌّ على وصف هذا القبول بالحرمة، وإن زاد عليه الحكم المحدد للسلوك العملي الواجب عليه، وهو عدم القبول، واستحقاق بيت المال ما قد يقبله القاضي من هدايا على خلاف الواجب عليه.

وتثور هنا مشكلة يلزم حلُّها، وهي أن كثيرًا من الجزاءات والنتائج العملية قد لا تشملها المعايير الأصولية للأحكام، مثل رد هدايا القاضي إلى بيت المال، وتوجيهه ألَّا يقبل الدعوة الخاصَّة؛ فهل هذان الجزاءان من قبيل الأحكام الوضعية في ذاتها، أو أنهما من نتائج السبب الوضعي الذي انشغل به الأصوليون، وهو التولي لمنصب القضاء، دونما اضطرار إلى الانشغال بالمسببات المتشعبة والنتائج العملية العديدة التي تدخل في عمل الفقهاء؟

---

(٧) البدائع (٧/ ٨).

(٨) نفسه (٧/ ١٠).

وتتمثَّل الإجابة عن هذا التساؤل في أحد احتمالين:

أولهما: النظر إلى التحديد الأصولي للأحكام الشرعية على أنه تحديد نظريٌّ كان المقصود منه رصد أغلب المعايير الدائرة على ألسنة الفقهاء، دونما استقصاء لأوصاف الأفعال الإنسانية، والجزاءات المترتبة عليها شرعًا.

والآخر: أن يقتصر هذا التحديد على مجرَّد وصف الأفعال الإنسانية بالإباحة أو الكراهة أو الندب أو الوجوب أو الحرمة، أو بوصف أحدها على أنه سببٌ في غيره أو شرط له أو مانع منه، على أن يكون تحديد الجزاءات والنتائج العملية المستندة إلى هذا الأوصاف النظرية من عمل الفقه.

وبهذا يصلح المعيار الأصولي فيما يتعلَّق بالإهداء إلى القاضي أو دعوته دعوة خاصَّة أن يتجه إلى السبب، وهو تولي القضاء، على حين يكون التوجيه الفقهي العملي برفضها أو ردها إلى بيت المال من النتائج أو الأحكام الفقهية المترتبة على هذا الوصف.

ورغم أن هذا الاحتمال الأخير هو الأقرب للصواب، فإن هذا الموضوع ينبغي أن يكون محلَّ دراسةٍ خاصَّة تفرق بين الأحكام الشرعية بشقيها التكليفي والوضعي في مقابل الأحكام الفقهية أو التشريعية أو الجزاءات العملية التي يركِّز عليها النظر الفقهي ضرورةً.

ومع بداهة هذا التفريق ومنطقيته ووضوح الضرورات العملية التي توجبه، فإن الأصوليين في القديم والحديث قد تواطؤوا على إغفال مجرَّد الإلماح إليه، وقد أدى هذا الإغفال إلى إضعاف العلاقة بين الأصول والواقع الفقهي في مثل هذه المجالات، ومما يوضح ذلك أن المادة (١٧٣٢) من مجلة الأحكام العدلية تنصُّ على أنه: «لا اعتبار بكثرة الشهود، يعني أنه لا يلزم ترجيح شهود أحد الطرفين لكثرتهم بالنسبة إلى شهود الطرف الآخر»؛ فهذا الحكم بعدم اعتبار الكثرة ليس حكمًا تكليفيًا ولا وضعيًا، بل هو حكم فقهيٌّ تشريعيٌّ عمليٌّ، ينفي سببية الكثرة لبناء الحكم القضائي على ما توجبه.

وينطبق ذلك على مثالٍ آخر من مجال الإثبات بالشهادة، ذلك أن المادة (١٧٢٩) من المجلة العدلية تنصُّ على أنه: «إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد

الحكم في حضور الحاكم، فلا ينقض حكم الحاكم، ويضمن الشهود المحكوم به»، وإذا وضعنا الأحكام التي اشتملت عليها هذه المادة في إطار النظرية الأصولية كان رجوع الشهود سببًا، وكون هذا الرجوع في حضور الحاكم شرطًا، وترتيب استمرار نفاذ حكم القاضي وعدم نقضه فضلًا عن الحكم بضمان الشهود قيمة المحكوم به من قبيل الأحكام والنتائج الفقهية التي دلَّت عليها هذه الأسباب.

والحكم بترجيح طرف الجرح، وعدم قبول القاضي شهادة الشهود، طبقًا لما جاء في المادة (١٧٢٥) من المجلة أيضًا، فيما إذا عدل بعض المزكين عن تزكيتهم الشهود، أو جرحهم بعضهم، ليس إلَّا من قبيل الحكم العملي التشريعي، والنتيجة الفقهية المبنيَّة على سببٍ معيَّن هو التردُّد في تزكية الشهود، وسينظر الأصولي من ذلك إلى السبب الذي قد تقلُّ أهميته العملية، إذا ما قورن بما يترتب عليه من نتائج عملية.

وإنما أهدف من هذا التحليل إلى تأكيد ربط أصول الفقه بواقع النظر الفقهي والتشريعي والقضائي، غير أن النتيجة التي يجب إعلانها بما يلزم من تأكيد أن ادعاء حصر الأحكام في التكاليف الخمسة والوضعيات الثلاث، على معنى أن على الفقيه أن يكون حكمه ضمن هذه الأحكام الثمانية أو ما هو من جنسها، ادعاءٌ غير صحيح بالنظر إلى ما عليه الفقه، وتضيق الدائرة التي يعمل فيها الفقه عند من يذهب إلى أن الفقه: «ينقسم... إلى واجب ومندوب إليه، ومباح ومحظور ومكروه»[٩].

والأوجب - بدلًا من ذلك - التأكيد على أن دائرة الأحكام الأصولية النظرية لم تستوعب الأحكام التي ضبط بها الفقهاء التصرفاتِ القانونية والعلاقات الإنسانية البالغة التعقيد والتنوُّع والكثافة. ومع هذا، فإن اللافت للنظر ألَّا يستشعر الفقهاء أو الأصوليون التقابل والاختلاف الواضح بين التحديدين الأصولي النظري، ومقابله الفقهي والعملي لما تشتمل عليه

---

(٩) يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م)، (١/ ٢١).

الأحكام، وإن ميَّز بعضهم بين الحكمين الأصولي والفقهي تمييزًا نظريًا قد لا ينبئ عن أهميته العملية؛ إذ يرى هؤلاء أن الحكم الشرعي الأصولي: «هو نفس الخطاب الشرعي، أي نفس النص الشرعي»، على حين «أن الحكم الشرعي عند الفقهاء... هو مدلول خطاب الشرع وأثره، أي أثر خطاب الشرع المترتب عليه، لا نفس الخطاب والنص الشرعي... أي إن الفقهاء نظروا إلى تعلُّقه بفعل المكلَّف»[١٠].

وأخيرًا، يلاحظ كذلك توسُّع الأصوليين في معالجة الأحكام التكليفية، مع قدر كبير من الإجمال في تناول الأحكام الوضعية، مما قد يفضي إلى شيء من فقدان التوازن المطلوب لتيسير التصوُّر العام لموضوع الأحكام في النظر الأصولي.

---

(١٠) عبد الكريم النملة، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه، دار العاصمة، الرياض، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، (١/ ٣٣٧-٣٣٩).

المبحث الأول: الحكم التكليفي

(١) تقديم:

استقرَّ جمهور الأصوليين على تقسيم الحكم التكليفي تقسيمًا خماسيًّا يشمل كلًّا من الإيجاب والتحريم إذا كان طلب الفعل أو الترك على سبيل الجزم واللزوم، واستحقاق العقوبة على المخالفة، سواء كانت هذه العقوبة أخروية أو دنيوية؛ ومندوب ومكروه إذا كان طلب الفعل أو الترك على غير سبيل الجزم واللزوم، دون ترتيب عقوبة على المخالفة؛ ومباح إذا كان الفعل والترك سيَّيْن.

أما الأحناف فقد انتهوا إلى تقسيم سباعيٍّ يشمل كذلك كلًّا من الفرض والمكروه تحريمًا[١١]، أما الفرض فهو عندهم فوق الواجب ويثبت بدليل قطعيٍّ، والمكروه تحريمًا هو الفعل المطلوب تركه بدليل ظنيٍّ، بخلاف المكروه الذي يثبت بدليل قطعيٍّ.

وبهذا، فإن الأحكام التكليفية فيما انتهى إليه التطوُّر خمسة عند الجمهور، وسبعة عند الأحناف.

وتجدر ملاحظة أن أيًّا من التقسيمين الخماسي والسباعي لا وجود له في المؤلفات الأصولية الباكرة؛ فالبزدوي (ت: ٤٨٢هـ) لا يشير إلى أقسام

---

(١١) نهاية السول (١/ ٣٠-٤٠)، وتشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي للزركشي، تحقيق: سيد عبد العزيز وعبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، توزيع المكتبة المكية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م)، (١/ ١٦٥)؛ والإحكام للآمدي (١/ ١٣٥).

الأحكام المعروفة، رغم توقفه أمام قسمي الرخصة والعزيمة بحديث مطول[١٢]، وهو أمر له مغزاه، وفيما يلي بيان بكلٍّ منها.

(٢) الواجب والفرض:

يعرِّف الجمهور الواجب بأنه ما طلب الشارع فعله طلبًا جازمًا، كوجوب الصلاة والصوم والزكاة والحج، فهذه أفعال طلبها الشارع على سبيل الحتم واللزوم. وإنما يستفاد كون الطلب على سبيل الحتم من الصيغة وحدها كما في الأمر أو بقوله: كتبت عليكم كذا، أو بغيره من القرائن المختلفة كترتيب العقوبة أو الذم على المخالفة أو اعتبار الفعل من مباني الإسلام وأُسسه التي لا يجوز تركها. ويرادف الواجب الفرض عند الجمهور دون فرق بينهما.

أما الأحناف فيفرقون بينهما، ويرون الفرض أعلى رتبةً من الواجب، باعتبار أن الفرض هو ما ثبت طلب الشارع فعله على وجه الحتم واللزوم مع ثبوت هذا الطلب بدليل قطعيٍّ، وذلك كالصلاة والصوم والحج، فهذه فرائض لأنها ثبتت بدليل قطعيٍّ، وهو القرآن والسُّنة والإجماع. أما إن ثبت طلب الفعل لزامًا وحتمًا بدليلٍ غير قطعيٍّ، فإنه يُعَدُّ واجبًا[١٣]، من ذلك صلاة الوتر والعيدين وقراءة الفاتحة في الصلاة، فالفعل في هذا كلِّه مطلوب على سبيل الحتم واللزوم، ولكنه لم يثبت بدليل قطعيٍّ، وإنما ثبت بدليل ظنيٍّ كخبر الآحاد أو الإجماع السكوتي أو القياس.

وبهذا يشترك الفرض والواجب في أنهما مطلوبان على سبيل الحتم واللزوم، وفي العقاب بالمخالفة. وترجع فائدة هذا التفريق بوجه العموم إلى فنيات التعبير الفقهي، أو الحاجة إلى ترتيب الأولويات عند التزاحم بينها، والانتهاء إلى أن بعضها آكدُ من بعضها الآخر؛ مما قد يسوغه النظر إلى التفاوت بين الواجبات سواء في مصدر ثبوتها، أو في الترتيب بينها، أو في الاستعمال؛ فيجوز النظر إلى بعض الواجبات على أنها أوجبُ من بعضها

---

(١٢) أصول البزدوي، ص١٣٥-١٤٣.

(١٣) الإحكام للآمدي (١/ ١٣٥).

الآخر، طبقًا لما نصَّ عليه الزركشي[١٤]. وكذا، فإن الوجوب في الالتزامات والديون والمعاملات هو الأكثر ورودًا في الاصطلاح الفقهي؛ إذ يقال: يجب البيع عند صدور الإيجاب والقبول، ولا يقال فرض البيع، كما يقال: وجبت النفقة للزوجة بالعقد، ولا يقال: فرضت، وهكذا[١٥].

(أ) تقسيمات الواجب:

ينقسم الواجب إلى أقسامٍ كثيرة باعتباراتٍ مختلفة، من ذلك تقسيمه باعتبار وقت أدائه وباعتبار تقديره وباعتبار تعيينه وباعتبار مَنْ له الحقُّ في المطالبة بأدائه.

- الواجب المقيَّد والمطلق:

ينقسم الواجب باعتبار أدائه إلى قسمين:

أولهما: المؤقَّت أو المقيَّد الذي قيَّد الشارع أداءه بوقتٍ معيَّن؛ كالصوم الواجب في رمضان، والصلوات المفروضة، فكلها مقيَّدة بأوقاتٍ معيَّنة.

الثاني: الواجب المطلق الذي لم يقيِّد الشارع أداءه بوقتٍ معيَّن؛ كالكفارات وقضاء رمضان والديات، ويصحُّ لوليِّ الأمر تقييد مثل هذا الواجب بوقتٍ معيَّن كفعل عمر في الديات، حين قسم الواجب منها في ثلاث سنين.

وهكذا، فإن الطلب في الواجب المطلق متَّجه إلى الفعل دون الوقت، بخلاف الواجب المؤقت أو المقيد الذي تتجه المطالبة به إلى فعله في الوقت المحدَّد له.

غير أن الواجب المؤقَّت ينقسم إلى قسمين:

أولهما: الواجب الموسَّع، وهو الذي يتسع وقته المحدَّد له لأدائه وأداء غيره معه، وذلك كصلاة الظهر، فإن أداءها محدَّد بوقتٍ معيَّن، غير أن المكلَّف يستطيع أداءها في أول الوقت أو آخره.

---

(١٤) البحر المحيط للزركشي (١/ ١٨٤).

(١٥) إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر (١/ ٣٧٥).

الثاني: الواجب المضيَّق، وهو الذي لا يتسع وقت أدائه لغيره كصوم رمضان، فإن المكلَّف لا يستطيع الانصراف إلى صوم غير الواجب في هذا الوقت.

ولا يفرِّق الجمهور في الواجب المؤقت بين الواجب المضيق والموسع، لكن يفرِّق الأحناف بينهما في اشتراط النيَّة لصحَّة وقوع الفعل عن المكلَّف في الواجب الموسع دون المضيق؛ ففي صوم رمضان لا تشترط النيَّة لانصراف الصوم إلى الواجب؛ لأن وقته متعين له، بخلاف الواجب الموسع الذي يتسع وقته لأدائه وأداء غيره كصلاة الظهر، حيث يحتمل انصراف ما يؤديه المكلَّف من صلاة في هذا الوقت إلى الصلاة الواجبة أو التطوعية، فتشترط النيَّة لتعيين الفعل ووقوعه في الواجب عليه.

ولا يرى الجمهور صحَّة هذا التفريق، ويشترطون النيَّة في المضيق والموسع على السواء.

- **الواجب المقدَّر وغير المقدَّر**:

وينقسم الواجب باعتبار تقديره إلى قسمين:

أولهما: الواجب المقدَّر؛ كالواجب في زكاة المال، والزروع، والثمار، فإنها مقدَّرة بربع العشر (٢,٥٪) ونصف العشر (٥٪) والعشر، وكذلك الديات فإنها مقدَّرة بمائة من الإبل أو بألف من الدنانير (ما يعادل قيمة حوالي أربعة كيلوجرامات وربع من الذهب). ومن الواجب المقدَّر العقوبات الحديَّة التي ثبت التقدير فيها بنصٍّ من كتابٍ أو سُنَّة.

الثاني: الواجبات غير المقدَّرة، وهي التي لم يحدِّد الشارع مقدارها على نحو مباشر، وإن أشار إلى المعايير التي يلزم استخدامها عند التحديد والتقدير. من ذلك نفقة الزوجة، فإنها واجبةٌ دون تقدير معيَّن مع الإشارة إلى مراعاة حال الزوج المالية (أو حالهما معًا) عند تقدير هذا الواجب. والأمر في العقوبات التعزيرية كذلك، فإنها واجبات غير مقدَّرة، ويترك تقديرها للقاضي الذي يلزمه مراعاة معايير ردع الجاني والنزول عن العقوبة الحديَّة والتناسب بين الجريمة والعقوبة.

- **الواجب المعيَّن والمخيَّر:**

ينقسم الواجب باعتبار تعيينه وعدم تعيينه إلى قسمين:

أولهما: الواجب المعيَّن الذي لا تخيير فيه كالصلاة والزكاة، فإن التكليف فيهما بأداء واجبٍ معيَّن لا تخيير فيه.

الثاني: الواجب المخيَّر الذي يتعلَّق فيه الخطاب بأمر غير معيَّن من بين عددٍ من الأمور المحصورة، وذلك كواجب التكفير على الحانث في يمينه، وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، فإن الواجب في هذه الآية مخيَّر بين إطعام المساكين العشرة أو كسوتهم أو تحرير رقبة، ويسعه أن يؤدي الواجب عنه بفعل أي شيء من ذلك، ويُعَدُّ تاركًا الواجب إذا ترك كل ذلك.

- **الواجب العيني والكفائي:**

وينقسم الواجب كذلك باعتبار المخاطب به إلى قسمين:

أولهما: الواجب العيني الذي يتوجَّه التكليف فيه إلى كل مكلَّف، بحيث لا يكفي فيه قيام البعض به دون البعض الآخر، ومثله وجوب الوفاء بالعقود على كل من دخل في عقدٍ من العقود اللازمة، وكذلك الصلاة والصوم والحج فإنها واجباتٌ يخاطب بها كل من استجمع شروط التكليف[١٦].

أما الثاني: فهو الواجب الكفائي الذي يتوجَّه التكليف فيه إلى مجموع المكلَّفين بقصد تحصيل الفعل دون نظر للفاعل، وذلك كبناء المستشفيات ومعاهد العلم والحفاظ على صحَّة الناس ومستوى معيشة لائقة تتوافر فيها الضرورات الأساسية. ويعرِّف الأصوليون فرض الكفاية بأنه ما يتَّجه فيه الخطاب إلى جميع المكلَّفين، لكن إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين، غير أن الشاطبي يذكر أن التكليف في كل فرضٍ من فروض الكفاية راجعٌ إلى

---

(١٦) الإحكام للآمدي (١/١٣٧).

المستطيع له والقادر عليه، والطلب لأداء الفرض الكفائي وارد بعبارته على «من فيه أهليَّة القيام بذلك الفعل المطلوب لا على الجميع عمومًا».

ويستدلُّ لتوجيه الخطاب في الفروض الكفائية إلى من فيه أهليَّة القيام بها - لا إلى جميع المكلَّفين - بالأدلة التالية:

- توجُّه الخطاب الشرعي في التكليف بعددٍ من فروض الكفايات إلى بعض المكلَّفين، من ذلك حثُّ طائفة على الخروج لتعلُّم الفقه وعلوم الدين في قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢]، ومنه كذلك إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على البعض، وذلك في قوله: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤]، وإذ يتوجَّه الخطاب إلى الطائفة القادرة على أداء الفعل المكلَّف به في التفقه في الدين والأمر بالمعروف، فإن الخطاب في الفروض الكفائية الأخرى ينصرف إلى بعض المكلَّفين لا إلى جميعهم.

- توجيه الرسول ﷺ بعض أصحابه إلى القيام ببعض فروض الكفايات وصرفهم عن بعضها الآخر، تبعًا لكفاءاتهم الخاصَّة. من ذلك قوله لأبي ذر: «يا أبا ذر، إني أراك ضعيفًا، وإني أحبُّ لك ما أحبُّ لنفسي، لا تأمرنَّ على اثنين ولا تولينَّ مال اليتيم»، وهما من فروض الكفايات، وقد نهاه عنهما.

- القواعد الشرعية القطعية الدالة على توجُّه الخطاب في كثيرٍ من فروض الكفايات إلى من يحسن أداءها ويستطيع القيام بها على وجهها، من ذلك الإمامة وسائر الولايات الأخرى، فإنه لا يُكلَّف بها كل أحد، وإنما يُكلَّف بها من كان أهلًا للقيام بها والغناء فيها، وكذلك الجهاد فإنه لا تكليف به لغير القادر عليه وإلا كان ذلك من قبيل التكليف بما «لا يطاق بالنسبة إلى المكلَّف ومن باب العبث بالنسبة إلى المصلحة المجتلبة أو المفسدة المستدفعة، وكلاهما باطل شرعًا».

وينحصر الفارق بين الواجبين - العيني والكفائي - في أن القصد بالأول إلى تحقيق الواجبات الفردية، على حين أن القصد بالثاني إلى تنظيم الواجبات

الاجتماعية، وتقسيم هذه الواجبات وَفْقَ الميول والاتجاهات والقدرات بما يحقِّق المصالح العامَّة. ويلفت الشاطبي النظر إلى اختلاف الغرائز والأهليات والقدرات في الناس، ووجوب توزيع الأعمال في المسلمين على هذه القاعدة.

فروض الكفاية من الوجهة التاريخية:

بقي أمر له أهميته في الدرس الأصولي، وهو تحديد الفترة الزمنية التي تبلور فيها مفهوم فرض الكفاية. ويبدو من الأناة والمجهود الذي أنفقه الشافعي في توضيح مفهوم فرض الكفاية، والاستدلال له من النصوص وضرب الأمثلة الكثيرة عليه، أنه هو الذي بلور هذا المفهوم؛ يقول: «كلُّ ما كان الفرضُ فيه مقصودًا به قَصْدَ الكفاية فيما ينوب، فإذا قام به من المسلمين مَنْ فيه الكفايةُ خرج مَنْ تخلَّف عنه من المأثم، ولو ضيَّعوه معًا خِفْتُ ألَّا يخرج واحدٌ منهم مُطِيقٌ فيه من المأثم، بل لا أشكُّ إن شاء الله»[17]، ويمثِّل له بفرض الجهاد، وتعلُّم الفقه والصلاة على الجنازة ودفنها، ورد السلام.

ورغم وضوح مفهوم الفرض الكفائي على هذا النحو عند الشافعي، فإن الأجيال التالية من الأصوليين لم تسعَ إلى تطوير هذا المفهوم. وهذا ما يدلُّ عليه تصفُّح أصول الشاشي والبزدوي وعمد القاضي عبد الجبار ومعتمد أبي الحسين البصري وبرهان الجويني. ويدلُّ هذا التصفُّح على إدراك هؤلاء الأصوليين بوضوحٍ كاملٍ لهذا المفهوم، واستخدامهم له في الإشارة إلى بعض الواجبات. ويشير الغزالي في «**المستصفى**» إلى احتدام الخلاف النظري حول مسألة تحديد المخاطب بالفروض الكفائية، ليرى توجُّه الخطاب في الفروض الكفائية إلى الجماعة، «إلا أن يدلَّ دليلٌ على سقوط الفرض عن الجميع بفعل واحد، أو يرد الخطاب بلفظٍ لا يعمُّ الجميع، كقوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤]، وكقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢]». وينتهي الغزالي من هذا إلى «أن الصحيح عموم الفرضية»[18].

---

(١٧) الرسالة، ص٣٦٦.

(١٨) المستصفى (١/ ٢١٧).

ومن الواضح أن اتجاه الجمهور إلى تعميم الخطاب بفروض الكفايات وإلقاء المسؤولية عنها على الكافة يؤكِّد هذه المسؤولية، ويعزِّز تحمُّل المجتمع لها من الناحية العملية. غير أن بعض مَن لم يفطن إلى هذا المقصد قد انشغل عن تأكيده بتحقيق شمول الخطاب بفروض الكفايات كلًّا من الجن والملائكة، حتى بدا من المنطقي بعد هذا الشمول أن يتساءل الشيرازي عن سقوط فرض الكفاية بفعل الجن والملائكة. ورغم أن الشيرازي والزركشي انتصرا للقول بأن أداء الملائكة والجن لا يسقط ما تعبّد به الآدمي، فإن باحثًا حديثًا ينتصر لسقوط فرض الكفاية بفعل الملائكة والجن[١٩].

ولعل تناول الزركشي في «**البحر المحيط**» لمسائل فروض الكفاية أوفى من غيره، ومن أهم ما أضافه استخلاص لزوم فروض الكفايات بالشروع فيها من مسائل فقهية عديدة، مثل تعيُّن الجهاد بحضور الصف، وحرمة قطع المتعلِّم تعليمه إذا أنس من نفسه النجابة، ويشير مع ذلك إلى الرأي الآخر القاضي بأن الشروع لا يغيِّر حكم المشروع فيه[٢٠].

وقد تناول الزركشي بإجمالٍ بالغ على هذا النحو أمرًا على قدر كبير من الأهمية العملية الاجتماعية في ظروف نمو الحاجة إلى الضبط الإداري وتخصيص موظفين ينوبون عن المجتمع في الوفاء بفروض الكفايات، حتى تسقط المسؤولية عن غيرهم في الوفاء بهذه الفروض. وأشير بهذا إلى تساؤله عن حكم تعيُّن فرض الكفاية بتعيين الإمام، وتبدو أهمية هذه المسألة مما يذكره أن ابن التلمساني قد صنَّف في هذا الموضوع، وأن الصيدلاني يرى أن الإمام لو أمر شخصًا بتجهيز ميتٍ تعيَّن عليه، وليس له استنابة غيره فيه[٢١]. وقد توالى الأصوليون بعد «**المستصفى**» على النظر في أفضلية القيام بالفرض الكفائي أو العيني.

ويلزم ملاحظة اتجاه الأصوليين - فيما ينبغي تقديره - إلى ربط الفروض

---

(١٩) الدكتور عبد الله ربيع عبد الله محمد، حكم فرض الكفاية عند الأصوليين، مجلة المسلم المعاصر، العدد ١٢٤، ٢٠٠٧م.

(٢٠) قاعدة: «الشروع لا يغيِّر حكم المشروع فيه».

(٢١) البحر المحيط، للزركشي (١/ ٢٠١).

الكفائية بتحقيق المصالح الاجتماعية العامة ودرء المفاسد التي أوجب الشرع دفعها، وهو ما أدى إلى اكتساب الفروض الكفائية أهمية كبيرة لدى كثيرٍ من المعاصرين. ويبدو هذا الاهتمام في تخصيص ثلاث رسائل للدكتوراه لدراسة فروض الكفايات: إحداها في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، وأخرى بجامعة الكويت، والثالثة بجامعة المنيا بمصر؛ إضافة إلى رسالتي ماجستير بجامعة أم القرى وجامعة صنعاء باليمن. وكذا انعقدت في مصر مؤخرًا ندوة خاصَّة، تحت عنوان: «**فروض الكفاية ودورها في حلِّ مشكلات الأمَّة**»، وقد دعا المشاركون في هذه الندوة إلى توظيف فروض الكفاية توظيفًا إيجابيًّا لإيجاد حلولٍ للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تعانيها الأمَّة، لتوفير الغذاء، وتحقيق التكافل الاجتماعي، بل وفي تحرير بيت المقدس، وتحقيق القوة والعزة للمجتمعات الإسلامية. ويتفق المشتركون في هذه الندوة على أن عدم الاهتمام بالفروض الكفائية هو ما أدى إلى تأخرنا وضعفنا في الزراعة والصناعة والتجارة والتعليم والصحَّة.

(ب) سمات التناول الأصولي والفقهي للواجب:

اتسم التناول الأصولي للواجب بالتجريد، وإفراد أنواعه المختلفة في تقسيماتٍ تميِّز بين كلٍّ منها لتعريفه، وضرب الأمثلة عليه، على حين عمدت النصوص الشرعية - في سعيها لإقامة العدالة القائمة على إعطاء كل ذي حقٍّ حقَّه - إلى صياغة الواجبات الأساسية على نحوٍ مجملٍ بألفاظٍ آمِرة أحيانًا أو مُخبِرة أحيانًا أخرى، وذلك مثل صيغة: «كتب عليكم»، وصيغة: «يوصيكم»، وصيغة: «إن الله يأمركم» أو «افعلوا»، أو بإنشاء قاعدة حقوقية، مثل: «للرجال نصيبٌ مما اكتسبوا وللنساء نصيبٌ مما اكتسبن»، أو «أحلَّ الله البيع وحرَّم الربا».

وقد تولَّى الفقهاء تفصيل هذه الواجبات الأساسية وصياغتها في شكل قواعد وأحكام، بيَّنت الواجبات المتعلِّقة بالحفاظ على الملك والوفاء بالتعاقدات، وأداء الشهادات على وجهها، ورد الأمانات، ووجوب إقامة العدالة، وما يتصل بمخالفة هذا كله من أجزية ومسؤوليات.

وإذ تمثِّل الواجبات عصبَ النُّظُم القانونية جميعها، وأهمَّ أدواتها في

حماية الحقوق والمصالح التي تريد حمايتها، فقد تشكَّل الوعي الفقهي والتشريعي من إدراك الواجبات والحقوق الأساسية وتحديد مصدرها الأساسي، وهو الشرع، دون أن يضطر هذا الوعي إلى أن يفصل نفسه عن مقتضيات التفكير العقلي، أو المصالح الاجتماعية. وبهذا تكاملت مصدرية الشرع والعقل والمصلحة في تعيين الواجبات التي شكَّلت عصبَ التفكير الفقهي.

ولعل مقارنة هذا التفكير بالاتجاهات الحديثة في تحديد مصدر الواجب أن توضِّح ما أجمله؛ ذلك أن إرادة الإنسان عند كانط هي التي تتولّى إخضاع الميول الغريزية للواجب الأخلاقي والقانوني الصادر عن العقل، ويميز كانط بين الأخلاق المطلقة المركوزة في العقل، والتي يستجيب لها بوازعٍ ذاتيٍّ، كأن نقول الصدق لذاته؛ وبين الأخلاق العملية التي يوجبها العقل بالنظر إلى المآلات المترتبة عليها، كأن نقول الصدق لكسب ثقة الناس في التعامل معهم.

ويرى جويو أن الواجب شعور طبيعيٌّ كامن في الإنسان، يدفعه إلى الفعل الأخلاقي، ويتفق معه روسو الذي يرى أن في أعماق النفس البشرية مبدأً فطريًّا يدفع للعدالة والفضيلة، لكن نيتشه يعتقد أن هذه المبادئ الأخلاقية قد تكوَّنت لدى الناس عبر تجارب الصراع الطويل بين القوى الاجتماعية المختلفة؛ فقاعدة التزام المدين بالوفاء بالدين قد استقرت بعد قرونٍ طويلة من تسلُّط الدائن على كل ما يملكه المدين بما يشمل جسده وزوجته.

ويتجه دوركايم إلى أن المجتمع هو مصدر الإلزام بالواجبات بما يملكه من قدرة على القهر والجبر تمكِّنه من فرضها والامتثال لها، ويتيسَّر امتثال الأفراد لهذه الواجبات التي يتفق عليها المجتمع لتولُّدها من وعي المجتمع وتجاربه الخاصَّة. وهو بهذا يتجاهل الواجبات الإنسانية التي نبَّه إليها برجسون، وهذه الواجبات الإنسانية العامَّة التي لا تتقيَّد بتجربة مجتمعٍ معيَّن هي الأقرب للواجبات الأخلاقية في التحديدات الشرعية لها.

(ج) الربط بين الواجب والحقِّ:

يتسم التناول الأصولي والفقهي بالربط بين الواجب والحق؛ فاستهلاك النصاب فيما يذكر البزدوي لا يسقط حقَّ الفقير الواجب على صاحب

المال[٢٢]. وقد أدرك الأحناف فيما يلزم الالتفات إليه هذا الربط منذ فترة باكرة في أعمالهم الأصولية، كما فاقت عنايتهم بالحق - تعريفًا وشمولًا وتقسيمًا - عناية غيرهم، وهو ما يبدو في ربطهم الأحكام جميعها بالحقوق، وتقسيمهم الأحكام كلها إلى أن تكون حقوقًا خالصة لله تعالى، أو حقوقًا خالصة للعباد، أو حقوقًا مشتركة بينهما وحق الله غالب، أو مشتركة وحق العباد غالب[٢٣]. ومعنى الحق الأمر الموجود من كل وجه الثابت بآثاره، وحق الله تعالى - في تعريف البزدوي -: «ما يتعلَّق به النفع العام للعالم فلا يختصُّ به أحد، وينسب إلى الله تعالى تعظيمًا... كحرمة الزنا؛ لأنه تعالى يتعالى عن أن ينتفع بشيء، فلا يجوز أن يكون شيء حقًّا له بهذا الوجه، ولا يجوز أن يكون حقًّا له بجهة التخليق؛ لأن الكل سواء في ذلك»[٢٤].

ويجري تقسيم حقوق العباد إلى ما قد يتعلَّق منها بفردٍ أو جهة؛ إذ «الواجب هو أداء الحقوق إلى أصحابها... ولا يجوز منع أصحابها منها بغصبٍ أو مماطلة... بل إذا عُرف صاحب الحق فهو أحقُّ به من غيره، سواء كان صاحب الحق فردًا أو جهةً»[٢٥]. وقد نصوا على وجوب حماية الحقوق بالزجر عن التعدي عليها بالعقاب، أو بضمان أنواع الضرر المختلفة، وعلى الحاكم والقاضي منع الضرر عن المستحقِّ من أقرب طريق[٢٦].

وتتنوَّع الحقوق في التفكير الأصولي إلى مقدَّرة وغير مقدَّرة طبقًا لما نبَّهت إليه القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة من قواعد ابن رجب، ويميِّز ابن رجب كذلك في القاعدة الخامسة والثمانين من حقوق العباد بين خمسة أنواعٍ من الحقوق، هي:

---

(٢٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود، ومحمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، (١/ ٣٠١).

(٢٣) نفسه (٤/ ١٩٥) وما بعدها.

(٢٤) نفسه (٤/ ١٩٥) وما بعدها.

(٢٥) وليد بن راشد السعيدان، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، تعليق: سلمان العودة، (بدون بيانات طبع)، (٣/ ٦٢١).

(٢٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، تحقيق: محمود بن التلاميد الشنقيطي، نشر دار المعارف، لبنان، (٢/ ٣٦).

(١) **حقُّ المِلك.**

(٢) **حقُّ التملُّك**: كحقِّ الزوج في نصف الصداق إذا طلَّق قبل الدخول، وكحقِّ الموصى له بعد موت الموصي.

(٣) **حقُّ الانتفاع**: كالحقِّ في إجراء الماء في أرض جاره إذا اضطر إلى ذلك.

(٤) **حقُّ الاختصاص.**

(٥) **حقُّ التعلُّق لاستيفاء الحقِّ**: كحقِّ المرتهن المتعلِّق بالرهن.

وقد فرَّق الفقهاء بين الحقِّ المالي والبدني، وأكدوا أن الحقَّ لا ينقضه تقادم الزمن. وتقبل بعض الحقوق المالية والأملاك النقل للغير مما نبَّه إليه ابن رجب في القاعدة السابعة والثمانين. ويجوز لصاحب الحقِّ تتبُّعه والأخذ منه بشروطٍ وتفصيلات، إن كان سبب ثبوته ظاهرًا[(٢٧)].

ولا يتسع المجال لعدِّ أنواع الحقوق عند الأحناف، والتنبيه إلى الأحكام الخاصَّة بحمايتها، مما قد نعود إليه، وإن لزم التأكيد هنا على اشتمال الحقوق الأحكام جميعها في المذهب الحنفي، باعتبار أن حماية هذه الحقوق أهمُّ آثار الأحكام الشرعية والثمرة المقصودة منها.

(د) الحقُّ العيني والحقُّ الشخصي:

ميَّز كثيرٌ من الفقهاء بين الحقِّ العينيِّ (rights in rem)، والحقِّ الشخصيِّ (personem rights in)، وهو ما تستند إليه قاعدة ابن رجب: «مَنْ تصرَّف في عينٍ تعلَّق بها حقٌّ لله تعالى، أو لآدميٍّ... لم ينفذ التصرُّف»[(٢٨)].

الواجب الأخلاقي والقانوني:

يميِّز التفكير القانوني بين الواجبات الأخلاقية (Moral Duties)، والقانونية

---

(٢٧) تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية (٢/ ٢٧).

(٢٨) قواعد ابن رجب الحنبلي، تحقيق: مشهور بن حسن، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ)، القاعدة الثالثة والخمسون من القواعد الفقهية، (١/ ٤٠٧).

(Legal Duties)، مع تقسيم هذه الأخيرة إلى إيجابية (Positive)، وأخرى سلبية (Negative Duties)؛ لترادف الواجبات الإيجابية الواجب في التحديد الأصولي، والسلبية المحرَّم في هذا التحديد؛ ولذا يعني التعريف العام للواجب مسؤولية الشخص تجاه غيره عن أن يتصرف وفقًا للقانون بأداء ما طُلب فعله وبالامتناع عن الفعل الذي طُلب اجتنابه، من ذلك إيجاب القانون الجنائي الكندي العقاب بالسجن إلى خمس سنواتٍ على كل مَن أيَّد أو أسهم في الدعوة إلى الإبادة الجماعية، ومثله من قانون بيع البضائع الإنجليزي أن كل من يبيع سلعةً إنما يعتبر موافقًا على شرطٍ ضمنيٍّ، هو توافر المواصفات التجارية المعروفة لهذه السلعة. ويذكر (Hans Kelsen) و(Bentham) أن القوانين ينبغي أن تصدر في هيئة واجباتٍ تفرض الأجزية على مخالفتها؛ وبهذا تترادف الأحكام القانونية والواجبات، من جهة أن الهدف الأساسي لفرض الأحكام هو الإلزام بالواجبات.

وقد بحث القانونيون باستفاضة موضوع علاقة الواجب بالحقّ، ورأى كثيرون منهم تقدُّم الواجب على الحقّ؛ إذ يرى أفلاطون وكانط وأوجست كومت أن العدالة هي أداء الفرد واجبه، وهو ما يذهب إليه دور كايم هو الآخر؛ وعند هؤلاء أن العدالة قيام الفرد بواجبه، دون نظر لما يترتب على أدائه من حقوق وعواقب. ويرى أوجست كومت أن حصول الفرد على حقّه نتيجة لقيام غيره بالواجب نحوه، ولهذا ينبغي التركيز على فعل الواجب في أية فلسفة أخلاقية.

وتلزم الإشارة إلى أن تقديم الحقوق على الواجبات مما يتفق مع النزعات الفردية، والنظر إلى ما يناله الفرد من حريات، وهذا ما يتضح من توالي صدور المواثيق والإعلانات الدولية المؤكِّدة لحقوق الإنسان والأسرة والطفل والمرأة والعمَّال والأسرى والمدنيين في أثناء الحرب وسجناء الرأي، وتلك المناهضة للتعذيب والإبادة العرقية، وغير هذا مما يؤكِّد حقوق الإنسان.

أما الفلسفات التي تُعنى بالواجب أكثر من الحقّ، فإنها تلك التي تهدف إلى صون المجتمع والحفاظ على حقوقه ومصالحه، ولا تتردَّد هذه الفلسفات في تقديم المصالح العامَّة على الخاصَّة، ومن الصعب تلمُّس اتجاه عام في

الفقه الإسلامي حول العلاقة بين الحق والواجب وأولوية أيٍّ منهما على الآخر. ومع ذلك، هناك قرائن عديدة على سعي كثيرٍ من الفقهاء إلى التوفيق بين الأمرين؛ فالمالكية - على سبيل المثال - يوجبون الضمان على المضطر إلى تناول طعام غيره، وعلى السلطات إذا اضطرت لمصادرة أرضٍ - توسعة لطريق أو لبناء قنطرة أو شق مصرف أو ترعة - أن تعوض أصحابها عمَّا اضطرت لأخذه منهم، مما يدلُّ على الاتجاه إلى الموازنة بين حقوق الأفراد والمجتمع، والأمر مع هذا بحاجة إلى بحثٍ أكثر استقصاءً وشمولًا.

(٣) المحرَّم:

تعريفه:

يُعرَّف المحرَّم بأنه: ما طلب الشارع الكفَّ عنه على سبيل الحتم واللزوم، وحكمه الثواب على الطاعة بترك الفعل واستحقاق العقوبة في الدنيا. ويُعرَّف كذلك بأنه: ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام، وفاعله يستحقُّ العقاب. وتفيد النصوص الشرعية التحريم بعدَّة صيغ، من بينها:

(أ) **ورود الخطاب صريحًا بلفظ التحريم**، كقوله سبحانه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة: ٣]، والزواج بالمحارم المبيَّن في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّـٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، ومنه كذلك قوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(ب) **ورود الخطاب بصيغة النهي إمَّا بلفظ النهي**، كقوله تعالى: ﴿وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْيِ﴾ [النحل: ٩٠]؛ **وإمَّا باستخدام (لا) الناهية**، كقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحجرات: ١٢]، ومنه كذلك النهي عن قتل النفس التي حرَّم الله قتلها، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل، مما جاء في قوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ﴾ [البقرة: ١٨٨]. (ج) **الأمر بالاجتناب والترك**، كقوله تعالى في الخمر: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [المائدة: ٩٠]، وقوله: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠]. (د) **التعبير بلفظ «لا يحلُّ»**، كقوله تعالى في المطلَّقة

ثالثًا: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ومثله قوله ﷺ: «لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه».(هـ) **ترتيب العقوبة على الفعل سواء دنيوية أو أخروية**، كقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقۡتُلۡ مُؤۡمِنٗا مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدٗا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣]، والتعبير بما يشير إلى غضب الله ومقته والحرب منه ولعنته في الدنيا أو الآخرة.

ويدلُّ هذا النسق الذي اتبعه القرآن في إيجاب الكفِّ عن أفعالٍ معيَّنة بصيغٍ معيَّنة وبهذه الأساليب الخاصَّة على الترابط الداخلي بين أوجه الكفِّ عن هذه الأفعال في نظام العدالة الذي أنشأه؛ فاجتناب قول الزور والإدلاء إلى الحكَّام وتحريم الربا يساعد على تحقيق النهي عن أكل أموال الناس بالباطل. وتؤكِّد القاعدة الأصولية القاضية بأن ما يفضي إلى المحرَّم محرَّم هو الآخر على إدراك الأصوليين هذا النسق العام الذي أراده الشرع من تحريم أفعالٍ بعينها وطلبه اجتنابها، وسعيهم إلى تأكيد هذا النسق.

ولا تترتَّب العقوبة المادية بوجه اللزوم على التحريم، بل يكتفي الشرع بالحكم بإبطال المعاملة المحرَّمة أو إفسادها إن كان من شأن هذا الحكم الامتناع عن الفعل المحرَّم؛ فالربا محرَّم - على سبيل المثال - ويكفي في المنع منه الحكم بفساد المعاملة عند الأحناف، أو بطلانها عند الجمهور، ومعناه أن الدائن لن يستطيع إجبار المدين على دفع الفائدة الربويَّة المحرَّمة، ولن يتطوَّع المدين في الأحوال العادية بدفع الزيادة عند الوفاء بالدين، مما عساه أن يؤدي إلى امتناع الناس عن التعامل بالربا، وإلجائهم إلى البحث عن طرقٍ بديلة لاستثمار أموالهم بصيغٍ أخرى، كالمضاربة والمشاركة والمزارعة، وما إلى ذلك.

ويفيد نفي الضرر الوارد في قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، تحريم الإيذاء بكل وجوهه، مع ترتيب الضمان أو العقوبة على المتسبِّب في الضرر، وهو ما يؤدي كذلك إلى عدم الإجبار على القسمة عند الضرر، وعدم لزوم أداء الشهادة مع وجود الضرر، وحرمة الغشِّ والتدليس، ومشروعية التقاصّ، وجواز بيع أمِّ الولد، والتسعير على المحتكِر إن أجحف، وحرمة الاحتكار مع حاجة الناس، وجواز قلع البائع زرع المشتري بعد المدَّة، وتخيُّر المسلم في الفسخ

مع انقطاع المسلم فيه عند الحلول، وتخيُّر المرابح عند الكذب والخديعة، وثبوت الخيار للتأخير فيما يفسد، وخيار الرؤية والغبن، وعدم سقوط خيار الغبن بالخروج عن الملك وخيار العيب والتدليس.

أقسام المحرَّم:

ينقسم المحرَّم بالنظر لطبيعة الفعل ولمح علَّة تحريمه إلى قسمين:

أولهما: المحرَّم لذاته، وهو المحرَّم لعلَّة لا تفارقه، أو لمعنى ذاتيٍّ فيه لا يريده الشارع كالقتل والسرقة والزنا، فإنها جميعها محرَّمةٌ لما فيها من مفاسد لا يرضاها الشارع؛ فالقتل محرَّم ضرورةً لحماية النفس الإنسانية، والسرقة كذلك لما فيها من تعدٍ على حقِّ الغير عدوانًا، ولا يصحُّ القول بأن تحريم الزنا علته حفظ الأنساب، لحرمته مع أمن الحمل، كما لو كانت المزني بها صغيرةً أو آيسةً. ويتضح من النظر إلى طبيعة هذا القسم أنه في أعلى درجات التحريم، وأنه الأشبه بالعقاب على فعله في الشرع.

أما **الثاني**: فهو المحرَّم لغيره، وهو الذي لم يحرِّمه الشارع لمعنى فيه في ذاته، وإنما حرَّمه لمعنى آخر يرتبط بالفعل، وهو المجاور، أو لما قد يؤدي إليه من مفاسد.

مثاله الخلوة بالأجنبية، فإنها محرَّمة لا لذاتها؛ لأنه لا ضرر فيها في نفسها، وإنما الضرر فيما قد تفضي إليه، وهو ارتكاب جريمة الزنا. وينطبق ذلك على بيع السلاح للمسلمين زمن الفتنة، فإنه ليس فيه شيء في حدِّ ذاته، ولكن الظروف المصاحبة تفضي إلى احتمال استخدام السلاح في قتل الأبرياء فيمتنع هذا البيع. وكذلك الصلاة في الدار المغصوبة تحرم، لا لمعنى في ذاتها، وإنما لمعنى يجاورها هو أداؤها في مِلك الغير دون إذنه فتحرم. ومنه الخطبة على الخطبة، والبيع وقت النداء لصلاة الجمعة، والبيع على البيع؛ فإن هذا كلَّه يحرم لا لمعنى في ذاته، وإنما لمعنى يجاوره ويتعلَّق به.

ويترتَّب على التفريق بين الحرام لذاته والحرام لغيره أمران:

أولهما تجريم الفعل المحرَّم لذاته مع العقاب عليه، وبطلان التعامل فيه

إذا كان محلًا لعقدٍ أو تصرفٍ على حين أن التعامل في المحرَّم لغيره قد يكون صحيحًا تترتب عليه آثاره، أو فاسدًا لا تترتب عليه آثاره إلا بزوال الوصف المفسد. ولذا فإن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ينعقد صحيحًا تترتب عليه جميع آثاره على الرغم من حرمته لأنه محرَّم لغيره، أما الزواج بامرأة الغير فلا ينعقد ويبطل لحرمته في ذاته. كذلك فإن الخطبة على الخطبة محرَّمة، لكن لو عُقد الزواج بعد الخطبة المحرَّمة لا يبطل الزواج ويصحُّ؛ لأن التحريم لمعنى في غيره، هو ما يؤدي إليه ذلك من التخاصم والتنافر والتباغض.

والثاني: أن المحرَّم لذاته لا يباح إلا عند الضرورة، بخلاف المحرَّم لغيره فإنه تكفي في إباحته الحاجة؛ لذلك فإن أكل الميتة وشرب الخمر لا يباح إلا عند الاضطرار إليه وخوف فوات النفس، ولكن يجوز كشف العورة لمجرَّد الحاجة إلى التداوي؛ لأن كشف العورة محرَّم لغيره.

مقارنة:

تلجأ القوانين كذلك في تنظيم العلاقات الإنسانية إلى تحريم بعض الأفعال والتصرفات لترتب انعدام آثارها القانونية، من ذلك - على سبيل المثال - ما جاءت به المادة (٤٨) من القانون المدني المصري التي نصَّت على أنه: «ليس لأحدٍ النزول عن أهليته، ولا التعديل في أحكامها»، وكذا المادة (٤٩) من القانون نفسه التي نصَّت على أنه: «ليس لأحدٍ النزول عن حريته الشخصية».

ويزيد التجريم على مجرَّد التحريم في اقتران التجريم بالعقوبة، من ذلك أن تخريب وسائل الإنتاج أمر ممنوع منه، ومحرَّم، ومجرَّم كذلك، ومعاقَب عليه بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (٩٠) من القانون الجنائي المصري. ومن المحرَّم كذلك ما جاءت به المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ونصها: «لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة أفسدها على زوجها إلا إذا عادت إلى زوجها الأول، ثم طلقها أو مات عنها»، ومنه أيضًا ما جاءت به المادة (٢٦) من القانون ذاته، ونصها: «يمنع توثيق عقد الزواج، أو المصادقة عليه، ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة، ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر، وقت التوثيق».

ويستفاد التحريم والتجريم للفعل في القانون الجنائي المصري من النصِّ على العقوبة المقدَّرة لهذا الفعل، ويكشف ذلك عن الارتباط الوثيق بين التجريم والعقاب، «بل يوضح أن القاعدة العقابية في جوهرها لا تتضمَّن صراحةً غير ذكر العقاب، وأن التجريم يستفاد بالضرورة من النصِّ على هذه العقوبة، بل هو جزء مفترض في القاعدة التي تنصُّ على العقوبة»[٢٩].

ويقع أحيانًا أن يحرِّم قانون معيَّن بعضَ الأفعال مع الإحالة في العقوبة على ارتكابها إلى مواد جنائية محدَّدة[٣٠] ومع ذلك، فقد تتضمَّن العقوبة حظر بعض الأفعال، كالإقامة في مكان أو منطقة معينين، أو التردُّد على محال أو أماكن معينة، حسبما جاء في المادة (٨٨) مكرَّر (د) من القانون الجنائي المصري. ويقابل المحرَّم في اصطلاح القانون العرفي الإنجليزي ما يطلق عليه (Forbidden)، وهو الفعل المطلوب الامتناع عن إتيانه بوجه العموم، لكن هذا القانون يفرق في درجات المنع عن الفعل بين ما هو (Illegal) وما يُعَدُّ (Unlawful)؛ إذ يطلق اصطلاح (Illegal) على الفعل الذي نصَّ القانون على المنع منه، مما قد يشكِّل جريمة، كالقتل أو التعذيب أو التجارة في المخدرات، أما الاصطلاح الآخر (Unlawful) فيطلق على ما لم يجزه القانون من الأفعال، دون أن يُعَدَّ جريمةً بالضرورة، وذلك مثل غش العلامة التجارية، والتعدي على الملكية الفكرية. ويدلُّ هذا التفريق على وجوب العناية بالتمييز بين درجات التحريم وأقسامه.

(٤) المندوب (Recommended):

تعريفه:

الندب هو الدعاء والطلب، والمندوب هو المطلوب والمدعو إليه، والأصحُّ الترادف بين ألفاظ المندوب والمستحب والتطوع والسُّنة والحسن

---

(٢٩) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، (١٩٨١م)، ص١٤٦.

(٣٠) نفسه، ص١٤٧.

والنفل[٣١]. وهو في الاصطلاح الأصولي: ما طلب الشارع فعله من غير إلزام به، بحيث إذا لم يفعله المكلَّف لم تترتب العقوبة على عدم فعله. من ذلك قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإن الأمر بالكتابة ليس للوجوب بل للندب؛ وهو الحال كذلك في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإن الإشهاد في البيع للندب لا للوجوب؛ ومنه كذلك الأمر بمكاتبة الرقيق وتحريره مقابل مال يتفق عليه في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، فإن الأمر هنا للندب كذلك.

وإنما تعرف إفادة الأمر الندب بمعونة السياق وفهم مقصود الشارع منه أو عند وجود قرائن لفظية تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب، وذلك كقوله تعالى بعد الأمر بكتابة الدين: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣][٣٢].

وتعريفه في القانون العرفي الإنجليزي - على سبيل المقارنة - لا يختلف عن ذلك، طبقًا لما تفيده قاعدة:

Simplex commendation on obligation -A mere Recommendation is not binding. ومعناها أن «الندب لا يوجب الإلزام».

وترد القاعدة الأخرى في المعنى نفسه، ونصُّها:

(Liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium:" everyone is free to determine for himself whether a Recommendation is advantageous to his interest). ومعناها أن «كل شخصٍ حرٌّ في أن يحدِّد لنفسه ما إذا كان المندوب أجدى لمصلحته».

ويجب الالتفات إلى إمكان الانتقال بالتشريع من الندب إلى الوجوب طبقًا للمصالح المعتبرة؛ فالأمر بتوثيق التعامل بالكتابة يفيد الندب، طبقًا لما هو مستفاد من آية المداينة الواردة في سورة البقرة؛ لكنه قد انتقل إلى الوجوب

---

(٣١) غاية الأصول في شرح لب الأصول لزكريا الأنصاري، دار الكتب العربية الكبرى، (بدون تاريخ)، (٨/١).

(٣٢) نفسه (٨/١).

في كثيرٍ من قوانين الأحوال الشخصية العربية والإسلامية الحديثة؛ إذ تقضي الفقرة (أ) من المادة (١٧) من القانون المدني الأردني بأنه: «يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد»، ويجب توثيق الزواج كذلك طبقًا للفقرة الأولى من المادة (٢٧) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

الأساليب المفيدة للندب:

يستفاد الندب من الأساليب التالية:

(أ) **التعبير الصريح بلفظ يُندَب، أو يُسَنُّ**، كقوله ﷺ في صوم رمضان: «وَسَنَنْتُ لكم قيامَهُ».

(ب) **الطلب غير الجازم**، وذلك عند اقترانه بما يصرفه عن الوجوب، كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وكقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

(ج) **عدم ترتيب العقوبة على الفعل مع طلب الشارع له**، وذلك كالرخص وتعليق الطلب على ظروفٍ تخفِّف اقتضاءه، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

(د) **الصيغ الأخرى الدالَّة على الترغيب في الفعل وتفضيله**، مثل قوله ﷺ: «إنَّ الله يحبُّ أن يرى أثر نعمته على عبده»[٣٣].

أنواع الندب:

ينقسم المندوب إليه إلى الأقسام التالية:

الأول: المؤكَّد، ويُسمَّى سُنَّة مؤكَّدة أو راتبة أو سُنَّة هدى. وقد توسَّع الحنابلة في إطلاق ألفاظٍ عديدة على المندوب، فيطلقون عليه ألفاظ السُّنة والمستحب والتطوُّع والطاعة والنَّفْل والقُربة والمرغَّب فيه والإحسان والفضيلة

---

(٣٣) أخرجه الترمذي عن ابن عمرو في كتاب: الأدب، باب: في غسل الثوب وفي الخلقان (٤٠٦٣).

والنافلة[٣٤]، ومنه الأذان، والإقامة، وصلاة العيدين، وركعتا السُّنة القبليَّة للفجر والبعديَّة للظهر والمغرب والعشاء.

الثاني: المندوب إليه على غير التأكيد، ويُسمَّى سُنَّة غير مؤكَّدة، ونافلة، ومستحبًا، وهو ما لم يواظب النبيُّ ﷺ على فعله، بل فعله مراتٍ وتركه في غيرها.

الثالث: الزائد، وهو ما واظب عليه النبيُّ ﷺ، مما لا يدخل في إطار التشريع من عاداته الخاصَّة في الأكل والشراب والنوم والمشي على المسارعة.

منزلة المندوب من الواجب:

يعتبر المندوب إليه «خادمًا للواجب؛ لأنه إما مقدمة له أو تذكار به» طبقًا لما يذكره الشاطبي. ذلك أن أداء المندوبات يعوِّد المكلَّف على الالتزام بأداء الواجبات، فالنوافل في الصلاة تساعد على أداء الفرائض تامَّة مكتملة، والتزام القاضي بالمساواة بين الخصوم في المعاملة مقدمة لعدله بينهم في الحكم، والشهادة في البيوع مندوب إليها لتيسير واجب الوفاء بالعقد عن طريق الرجوع للقاضي عند التنازع، والقاعدة أن الواجب يتقدَّم على المندوب، وأنه يجب التضحية بالمندوب عند تعارضه مع الواجب.

(٥) المكروه:

تعريفه:

المكروه ضد المندوب، وهو لغةً ضد المحبوب أخذًا من الكراهة أو الكريهة وهي الشدَّة في الحرب. وفي الاصطلاح: ما مُدح تاركه ولم يذم فاعله، بخلاف المباح الذي لا مدح فيه ولا ذم، وبخلاف الواجب والمندوب؛ فإن فاعلهما يمدح لا تاركهما[٣٥].

---

(٣٤) عبد القادر بن أحمد بن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٩٩٦م/١٤١٧هـ)، (١/ ٦٩).

(٣٥) شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤١٣)، والإحكام للآمدي (١/ ١٢٢)، ونهاية السول (١/ ٦١)، والتلويح على التوضيح (٣/ ٣/ ٨١)، والمستصفى (١/ ٧٩).

وقد يطلق المكروه ويراد به المحرَّم، وقد يراد به ما مصلحته راجحة، وإن لم يكن منهيًا عنه كترك المندوبات. والمكروه من أحكام التكليف، ومنهيٌّ عنه عند كثيرٍ من الأصوليين، ويعرِّفه الأحناف بأنه ما طلب الشارع الكفَّ عنه وعدم فعله طلبًا غير جازم، وهذا هو المكروه تنزيهًا في اصطلاحهم.

ومن الأساليب التي تثبت بها الكراهة:

(أ) **التصريح بكراهة الفعل وبغضه، أو عدم حبِّه**، كما في حديث: «إنَّ الله كَرِهَ لكم ثلاثًا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»[36]، وحديث: «إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[37].

(ب) **النهي عن الفعل دون ترتيب العقاب عليه**، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسۡرِفُوٓاْ﴾، وكقوله: ﴿لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ﴾ [المائدة: ١٠١].

والجمهور على أن المكروه لا يُعَدُّ حكمًا تكليفيًا، وخالف أبو إسحاق الإسفراييني في ذلك واعتبره من الأحكام التكليفية[38].

ويفرِّق الأحناف بين المكروه تحريمًا، والمكروه تنزيهًا؛ فالمكروه تحريمًا عندهم هو كل ما طلب الشارع تركه طلبًا جازمًا بدليل ظنيٍّ، كالنهي عن لبس الذهب والحرير في حديث أبي داود والنسائي عن علي بن أبي طالب: «إن هذين حرام على ذكور أمتي، حِلٌّ لإناثهم»، ومنه النهي عن البيع على البيع والخطبة على الخطبة. وأما ما طلب تركه طلبًا غير جازم فهو المكروه تنزيهًا، وحكمه حكم المكروه عند الجمهور[39].

ومن أحكامه:

(١) ترتُّب الثواب على اجتناب الفعل دون العقاب على المخالفة.

---

(٣٦) أخرجه البخاري في كتاب: الزكاة، باب: قوله تعالى: «لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا» وكم الغنى (١٤٠٧).

(٣٧) أخرجه أبو داود في كتاب: الطلاق، باب: في كراهية الطلاق (٢١٧٨).

(٣٨) محمد أبو الفتح البيانوني، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ/١٩٨٨م)، ص٢٥١.

(٣٩) الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، ص٢٥١.

(٢) على الرغم من عدم ترتُّب العقاب على فعل المكروه في أحوالٍ معيَّنة فرديَّة، فإنه قد ترد العقوبة على فاعله إذا تكرَّر منه وداوم عليه، وهذا هو الذي يوضِّحه الشاطبي بناءً على قاعدته في التفريق بين حكم الفعل في أحواله الخاصَّة الفردية الجزئية وبين أحواله العامَّة الكليَّة، فعنده أن المكروه بالجزء قد يصير حرامًا بالكل. ويوضِّح ذلك بالتمثيل بكراهية لعب النرد والشطرنج بغير مقامرة، وسماع الغناء المكروه؛ فإن مثل هذه الأفعال إذا وقعت على غير مداومة لم تقدح في العدالة، فإن داوم المكلَّف عليهما قدحت في عدالته. قال محمد بن عبد الحكم في اللعب بالنرد والشطرنج: «إن كان يكثر منه حتى يشغله عن الجماعة لم تُقبل شهادته، وكذلك اللعب الذي يخرج به عن هيئة أهل المروءة، والحلول بمواطن التهم لغير عذر، وما أشبه ذلك»[٤٠]، مما فيه التعلُّق بفعل المكروه والمداومة عليه، وينبني هذا التفريق على النظر إلى مدى تهديد الفعل المكروه للمصلحة، وجسامة هذا التهديد عند المداومة إذا قورن به عند عدمها.

ويذكر عبد القادر عودة الخلاف في التعزير على إتيان المكروه بناءً على الاختلاف في تعريف المكروه، وكونه مما نهى الشرع عنه وكلَّف به؛ فمن رأى المكروه ليس نهيًا والمندوب ليس أمرًا قال بعدم جواز العقاب فيهما؛ لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف، ومن رأى أن المندوب أمرٌ والمكروه نهيٌ قال بجواز العقاب فيهما لدخولهما في التكليف، ويحتجُّ هؤلاء بفعل عمر حين علا بالدرة من أضجع الشاة لذبحها، وهو يحدُّ شفرته، قائلًا له: هلا حددتها قبلًا، ويشترط القائلون بالعقاب على المكروه تكرار إتيانه، أو تهديده المصلحة العامَّة أو النظام العام والآداب[٤١].

ويؤدي تطبيق ذلك على حرية التعبير - على سبيل المثال - إلى أن تكون مكروهةً حين تكون غير مفيدةٍ ولا تتحقَّق منها مصلحة، وهو مفاد قوله ﷺ:

---

(٤٠) الموافقات للشاطبي (١/ ٢١٣).

(٤١) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١/ ١٥٦).

«مَنْ كان يؤمن بالله واليوم الآخِرِ فَلْيَقُلْ خيرًا أو لِيَصْمُتْ». وقد نُقل عن الشافعي أن من أراد أن يتكلَّم فليفكِّر، فإن ظهر له أنه لا ضرر فيه تكلَّم، وإن ظهر له فيه ضرر أو شكٌّ فيه أمسك[٤٢].

ومن المكروه التضييق على الزوجة أو إساءة معاملتها لتطلب الخلع، كما أنه يكره عند عدم الشقاق والضرر، كذلك يكره الطلاق من الزوج أو طلب التفريق من الزوجة دون سببٍ يقتضيه.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن منع المكروه بالقانون الجنائي وفرض العقوبات على مخالفته من شأنه أن يؤدي إلى زيادة العبء على مؤسسات العدالة، وتعقيد ظاهرة «**التضخم التشريعي**» المسؤولة عن اشتمال القوانين الجنائية لكثيرٍ من الأفعال التي ليست لها خطورة جنائية، مثل المخالفات الواقعة في مجالات النشر والصحافة.

(٦) المباح:

تعريفه:

المباح لغةً: المعلن والمأذون، يُقال: باح الشيء بوحًا ظهر، وأباحه أظهره، وأباح الرجل ماله أذن في الأخذ والترك، واستباحوه أقدموا على فعله. وهو في الاصطلاح: ما خيَّر الشارع المكلَّفَ فيه بين فعله وتركه. فالمباح ليس مطلوب الفعل ولا الاجتناب[٤٣].

ومن أحكامه بالنظر إليه في ذاته أن المكلَّف لا يلام ولا يعاقَب على فعله أو تركه؛ «فقد كان ﷺ يحبُّ الحلواء والعسل، ويأكل اللحم ويختصُّ بالذراع، وكان يُستعذَبُ له الماء، ويُنقع له الزبيب والتمر، ويتطيَّب

(٤٢) إبراهيم عبد الله إبراهيم حسن، الالتزامات السياسية للحاكم والمحكوم في النظم السياسية والقانون الدستوري: دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٩م)، ص٣٦٣.

(٤٣) الموافقات للشاطبي (١/ ١٨١).

بالمسك»[٤٤]. وفي القرآن الكريم إشاراتٌ إلى النِّعم المسخَّرة في السماوات والأرض مع النهي عن نسيان النصيب منها.

وأما النظر إلى ما هو وسيلة أو ذريعة إليه، فإنه يأخذ حكم ما يؤدي إليه؛ إذ القاعدة أن ما لا يتمُّ الواجب إلا به فهو واجب، وما يؤدي إلى الحرام فهو حرام.

وتنصرف الإباحة في القانون الجنائي - على سبيل المقارنة - إلى إتيان الأفعال التي لم يجرمها القانون، أو تلك التي أمر بها، مما يتضمَّن الاتفاق مع الفقه في أن الأصل في الأفعال الإباحة. وتقترن الإباحة في القانون الجنائي بالأسباب المبيحة للفعل المانعة من المسؤولية الجنائية، كالدفاع الشرعي عن النفس بالقيود التي تحدِّد استعماله. وإذ تتقيَّد أسباب الإباحة في القانون بالنصوص التشريعية، فإنها تتسع في التفكير الفقهي لتشمل ما توجبه قواعد العدالة والمصلحة المعتبرة والأعراف المقبولة في المجتمع، مما يستوجب النظر في كثيرٍ من القوانين الجنائية والإدارية المجافية لما تبيحه الفطرة السليمة والأعراف العادلة، وذلك إعمالًا للمادة (٦٠) من قانون العقوبات المصري[٤٥].

ويحدِّد القانون الجنائي الدولي هو الآخر عددًا من الأسباب المبيحة للفعل والمانعة من المسؤولية الجنائية، وأهمها الدفاع الشرعي والمعاملة بالمثل والتدخل الإنساني وحقوق المحاربين[٤٦].

---

(٤٤) الموافقات (١/ ١٨٦).

(٤٥) المادة (٦٠) من قانون العقوبات المصري، ونصها: «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعلٍ ارتكب بنيَّة سليمة أو عملًا بحقٍّ مقرَّر بمقتضى الشريعة».

(٤٦) محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي، مطابع الرجوي، القاهرة (١٩٧٣م)، ص١٧٥ وما بعدها. وتشير المادتان (٣٣-٥١) من ميثاق الأمم المتحدة إلى إباحة استعمال هذا الحق. وانظر: محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٦٠م)، ص٨٧ وما بعدها. ومحمد بشير الشافعي، القانون الدولي العام في السلم والحرب، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، (١٩٧١م)، ص٤٢٤ وما بعدها.

صيغ المباح وأساليبه:

لم يرد في النصوص التعبير عن هذا الحكم بلفظ الإباحة، وإنما جرى استحداثه بهذا التحديد في لغة الأصوليين والفقهاء. ومع ذلك، فإن النصوص تدلُّ عليه بالأساليب التالية:

١ - **نصُّ الشارع على الإباحة بلفظ الحِلِّ أو ما يفيد الإذن بالفعل، أو التخيير فيه، أو رفع الإثم عن فاعله**، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، وقوله في مشروعية الخلع وافتداء الزوجة نفسها بمالٍ تدفعه لزوجها: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ومعنى لا جناح رفع الإثم والمؤاخذة. ومنه كذلك النص على إباحة التعريض بالخطبة للمعتدَّة من وفاة بقوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، والإكنان في النَّفْس هو الستر والإخفاء، ومن ذلك أيضًا: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١].

٢ - **دلالة القرينة على إباحة الفعل**، من ذلك صرف الأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟﴾ [البقرة: ١٨٧]، فهذه الأوامر التي تفيد حِلَّ المعاشرة الزوجية والابتغاء من فضل الله والأكل والشرب في ليل رمضان قد صُرفت عن دلالتها على الوجوب إلى الإباحة بدلالة القرائن المفيدة لإباحة هذه الأفعال في غير رمضان.

٣ - **الإباحة الأصلية**؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة، فيما أخذ به جمهور كبير من الفقهاء، شريطة ألَّا يوجد في النصوص الشرعية ما يغيِّر هذه الإباحة، وتُحمل معاملات كثيرة حادثة على الحلِّ لعدم وجود المغيِّر لهذا الحكم. من ذلك إباحة التأمين التبادلي (Mutual Insurance)، والتعامل مع البنوك بغير الربا، وإنشاء الشركات المساهمة، وافتراض وجود شخصية معنوية لها، ويستند إلى الإباحة الأصلية جواز اقتران العقود بالشروط التي لا تناقض مقتضاها ولا تخالف نصًّا شرعيًّا، كاشتراط الزوجة تفويض طلاق نفسها إليها، وكاشتراط ألَّا يتزوج زوجها عليها أو أن تسكن في مكانٍ معيَّن أو ألَّا تنتقل من بلدها.

تقسيم الإباحة:

١ - الإباحة العامَّة والخاصَّة:

تنقسم الإباحة بالنظر للمستفيد بها إلى نوعين: عامَّة وخاصَّة.

أما الإباحة العامَّة فهي التي نشأت بإذنٍ عامٍّ لجميع الناس، كاعتبارهم شركاء بنصِّ الشارع في الماء والكلأ والنار. ومنه تخصيص وليِّ الأمر مكانًا معينًا لاتخاذه سوقًا يتبادل فيه الناس بضائعهم، أو إنشاء المرافق العامَّة والطرق وغيرها، بحيث تكون مباحةً لكل أحد.

وأما الإباحة الخاصَّة فهي التي يتعلَّق سببها ببعض الناس دون بعضهم الآخر. وقد تثبت هذه الإباحة الخاصَّة بإذن الشارع. من ذلك إباحته ﷺ لأحد صحابته أن يتزوج امرأةً على ما يحفظه من القرآن دون أن ينقدها مهرًا. ومن ذلك الإذن للمسافر في الفطر، وللطبيب بالاطلاع على العورة للعلاج، فهذه إباحة في حقِّ البعض دون البعض الآخر.

٢ - الإباحة الأصليَّة والطارئة:

تنقسم الإباحة من جهة أخرى باعتبار السبب فيها إلى نوعين:

أولهما: الإباحة الأصليَّة التي تثبت للفعل في ذاته، ولا تفتقر إلى ورود سببٍ خاصٍّ للحكم بها.

والثاني: الإباحة الطارئة، وهي التي تثبت للفعل بنقل حكمه إليها بعد أن كان محرمًا أو مكروهًا أو واجبًا أو مندوبًا إليه لورود سببٍ طارئ يوجب هذا النقل.

وأسباب الإباحة الطارئة للأفعال عديدة متنوِّعة، من بينها:

الأول: الرخصة واستعمال الحق، والرخصة في اللغة: السهول واليُسْر، وفي الاصطلاح: اسم لما أباحه الشارع على وجه التخفيف ورفع الحرج، سواء للضرورة كما في إباحة أكل الميتة وجواز التلفظ بالكفر عند خوف فوات النفس، أم كان ذلك للحاجة العامَّة التي تنزل منزلة الضرورة، كما في تضمين

الصُّنَّاع، وإباحة التأمين التجاري (شريطة عدم التعامل بالربا) عند البعض، أم كان ذلك لدفع المشقَّة كما في إباحة الفطر للمسافر في رمضان.

وتفيد الرخصة نشوء الحق في الفعل بعد أن كان محرمًا، ومن الأسباب المنشئة للحق في الفقه الإسلامي ما يلي:

(١) دفع الصائل أو حق الدفاع الشرعي الخاص بشروطه، عند قيام حالة الاعتداء، بشرط أن يكون العدوان حالًا، وألَّا يمكن دفع الاعتداء بطريقٍ آخر، وأن يكون ردُّ العدوان بالقوة اللازمة دون تجاوز حق الدفاع الشرعي، ولا يشترط لنشوء هذا الحق أن يكون العدوان على النفس بل يشمل العدوان على المال وعلى العرض كذلك، ولا فرق بين أن يكون العدوان على المدافع أو على غيره متى توافرت الشروط السابقة.

(٢) الدفاع الشرعي العام، وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بشروطه، وهي وجود المنكر المقطوع بكونه منكرًا مجمعًا على إنكاره، وظهوره دون تجسُّس، ودفعه بأيسر ما يندفع به من التعريف والوعظ والنُّصح، والتغيير المباشر بالقوة اللازمة، وألَّا يؤدي اختيار أسلوب دفع المنكر إلى منكر آخر أقوى منه وأخطر على المصالح العامَّة.

(٣) التأديب للزوجة والأولاد بشروطه دون أن يصل ذلك إلى حدِّ الإهانة أو الإضرار؛ لأن هذا الحقَّ مقيَّد بالإصلاح فيمتنع استعماله إذا لم يصل لغايته.

(٤) ممارسة الألعاب النافعة كالفروسية.

(٥) التطبيب بشروطه، وهي إذن وليِّ الأمر في مزاولة المهنة وإذن المريض، والتدخل وفق قواعد المهنة.

وفي هذه الأحوال كلها تنشأ الرخصة والحقُّ في ممارسة الفعل بعد أن كان محظورًا؛ ولذا لا يضمن الدافع للصائل الذي استخدم حقَّه في الدفاع عن نفسه أو عِرضه أو ماله دون مجاوزة حتى ولو ترتَّب على ذلك قتل الصائل أو إصابته.

الثاني: طروء الإباحة للمصلحة العامَّة أو للعُرف، من ذلك أن النهي قد ورد عن النبيِّ ﷺ في التسعير، وقال: «لا تسعِّروا»، غير أنه إذا تلاعب التجار

بأقوات الناس جاز لوليِّ الأمر التدخل بتسعير السلع الأساسية للمصلحة العامَّة. ويباح تدخل وليِّ الأمر بنزع الملكيَّة الخاصَّة وتقييد التصرُّف فيها للمصلحة العامَّة؛ كاتخاذ شارع أو توسيع طريق، وكالمنع من ارتفاع المباني فوق مستوى معيَّن، وكالمنع من البناء في الأرض الزراعية.

وهذا كله من أمثلة إباحة تقييد الحق في التصرف. أما طروء الإباحة للعُرف فمن ذلك إباحة استئجار الأجير ببعض ما يعمل فيه لعُرف الناس مع نهي النبيِّ ﷺ عن قفيز الطحان فيما أخرجه الدارقطني. ومنه - فيما يلاحظه المرحوم محمد سلام مدكور - تعامل الزراع في القرى بإعطاء بعض القمح لدارسه أو ناقله من الحقل.

والثالث: طروء الإباحة على الفعل بعد تحريمه بورود نصٍّ يفيد تغيير الحكم السابق ونسخه، من ذلك قوله ﷺ: «كنتُ نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافة (المجاعة)، فكلوا وادخروا»، وبهذا فقد تغيَّر حكم ادخار لحوم الأضاحي من الحرمة إلى الإباحة بعد أن بيَّن النصُّ ارتفاع النهي عن التحريم ونسخه.

أحكام المباح:

يترتب على ثبوت الإباحة للفعل عددٌ من الأحكام، من بينها:

(١) لا يجوز فرض العقوبة على فاعله، فإذا ثبت أن الزواج بأكثر من واحدة مباحٌ للقادر عليه لم يجز لوليِّ الأمر فرض عقوبة على من تزوج بأكثر من واحدة؛ لأن ذلك يؤدي إلى تغيير حكم المباح دونما سبب يوجب هذا التغيير، وقد فرض القانون الباكستاني الصادر عام (١٩٦١م) عقوبة السجن أو الغرامة أو كليهما على مَنْ يتزوج بأكثر من واحدة على خلاف الإجراءات التي حدَّدها هذا المرسوم، مما يُعَدُّ مخالفةً لحكم المباح.

وقد قررت المادة (٦٠) من قانون العقوبات المصري في هذا الاتجاه أنه: «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعلٍ ارتكب بنيَّة سليمة عملًا بحقٍّ مقرَّر بمقتضى الشريعة». وتقرِّر المادة (٦١) من القانون ذاته أنه: «لا عقاب على من ارتكب جريمةً ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره

من خطر جسيم على النفس، على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى».

(٢) لا تترتب المسؤولية التقصيرية أو الضمان على فعل المباح ما لم يقترن فعل المباح بمجاوزةٍ لمألوف الناس وعاداتهم، أو يصاحبه الإهمال أو قصد الإضرار، فالسائر في الطريق العام لا يضمن ما يتولَّد عن سيره من ضرر. ولو كان الطريق ترابيًّا وقاد سيارته فيه فأثار ذلك الغبار والتراب على نحوٍ أضرَّ بزرع الغير لم يجب به الضمان.

(٣) المباح ليس مطلوب الفعل ولا مطلوب الترك، وإنما المقصود به هو تخيير المكلَّف بين فعله وتركه. وقد أخطأ الكعبي في ذهابه إلى أن المباح واجب الفعل على سبيل التخيير، وكأنه يصير بهذا إلى التسوية بين المباح والواجب المخيَّر، مما يؤدي إلى رفع المباح وعدم اعتباره أحد الأحكام التكليفية، وقد عُني الأصوليون بنقد مذهبه والردِّ عليه دون استثناء.

وذهب عدد من الفقهاء - بالمخالفة لرأي الكعبي - إلى أن المباح مطلوب الترك خوفًا من الوقوع في حبِّ الدنيا والتمتُّع بلذَّاتها، وخوفًا من الإفراط في المباحات والانشغال بها عن أداء الواجبات. ويترتب على هذا الرأي ما ترتب على رأي الكعبي من رفع المباح من بين الأحكام التكليفية. وكذلك فإن المقدمات التي بنوا عليها رأيهم لا تفضي إليها، فإن الانشغال عن الواجبات بالمباحات لا يذم من جهة الانشغال بالمباح، وإنما من جهة عدم أداء الواجبات. ويحتاج الفرد والمجتمع إلى إقامة التوزان بين واجباته وأحواله المختلفة.

المبحث الثاني: الحكم الوضعي

تمهيد:

تقدَّم أن الحكم الوضعي هو تحديد العلاقة بحكم الشارع بين أمرين في إطار المعايير الثلاثة المشهورة (السبب، الشرط، المانع). وإنما تتعلَّق الأحكام الوضعية بالأفعال الإنسانية كما تقدَّم؛ لأن الأحكام الشرعية مقصودها تحديد الخطاب الشرعي للمكلَّفين، ولا تعلُّق لذلك بأفعال الحيوانات أو الجمادات.

ويدرج بعض الأصوليين الأحكامَ الوضعية في الأحكامِ التكليفية ويرون أن الحكم الشرعي هو الحكم التكليفي الذي يفيد اقتضاءَ الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وليس الحكم الوضعي إلا داخلًا في الحكم التكليفي، فقولنا إن غروب الشمس سببٌ لوجوب الصلاة يفيد أن الوجوب قد حدث عند الغروب، ولولا هذا الوجوب لم يفد السبب شيئًا، ولا يهتمُّ الفقيه بتحديد الشرط والمانع إلا لمعرفة الحكم التكليفي، وإلا كان حديثه عن الشرط والسبب والمانع حديثًا نظريًّا. أما الذي يتعلَّق بالجوانب العملية واقتضاء الفعل أو الترك أو التخيير بينهما فهو الحكم التكليفي، ولذا ينكر هؤلاء الحكم الوضعي.

ولا يفيد هذا الإنكار للحكم الوضعي شيئًا، فإن الفقهاء يتحدَّثون عن السبب والشرط والمانع، سواء اعتبرناها حكمًا وضعيًّا في مقابل الحكم التكليفي، أم في داخله؛ لأن مهمَّة الأصولي تجريدُ الفروع والجزئيات وتناولها في قواعد عامَّة؛ ولذا استقرَّ الأصوليون على تناول الأحكام الوضعية في بيانهم للأحكام الشرعية، مع الاكتفاء بتناول الأوضاع الشرعية المشهورة الثلاثة - وهي: السبب، والشرط، والمانع - دون استقصائها والنظر في غيرها من الأوضاع؛ كالصحَّة، والبطلان، والفساد، والقبول، والاستحقاق، والأهليَّة،

وغير ذلك مما تثبت به العلاقات والحقوق والواجبات؛ نظرًا لصعوبة هذا الاستقصاء ودخوله في القواعد الفقهية أكثر من التحاقه بالنظر الأصولي.

ونتناول فيما يلي معايير السبب والشرط والمانع والصحَّة والبطلان.

أولاً: السبب (Causation)

(١) تقديم:

يلزم حصر التناول الأصولي لمبدأ السبب في حدود التطبيقات العملية لهذا المبدأ، سواء في ضبط الحكم الشرعي المستخلص من النصوص والمصادر المعتبرة الأخرى، أو فيما يتوصل إليه القضاة والفقهاء من أحكام.

ولا يبعد السبب كثيرًا في إطاره الأصولي عن السبب بمفهومه العام الذي قد يتعلَّق بالتجربة (empiricism)، والملاحظة (David Hume)، أو بالغيبيات (metaphysics)، فيما قرَّره كانت (Kant).

ولا تكفي الفروع التي يقتصر الأصوليون على تناولها قديمًا وحديثًا من تعريفاتٍ وتقسيماتٍ للوصول إلى نظرية عامَّة في التسبُّب، لها وظائفها العملية التي تشمل تحديد ما سيحدث، أو ما قد حدث، نتيجة توافر ظروفٍ أو شروطٍ معينة، بالإضافة إلى عزو النتائج وردِّها لما ترتبت عليه من وقائع وأفعالٍ أو تصرفاتٍ تنشأ المسؤولية عنها؛ إذ يلزم - على سبيل التوضيح - إثبات ترتب السُّكْر على شربِ مادةٍ معينة قبل الحكم بحرمتها والعقاب عليها، كما يلزم عند تعدُّد الأفعال التي ترتب عليها القتل تحديد إسهام كلٍّ من هذه الأفعال في النتيجة المؤثمة.

ولا غنى للنظر الفقهي والقضائي عن البحث في مآلات الأفعال والتصرفات للحكم عليها وإثبات المسؤولية عنها لإيجاب العقوبة أو التعويض. وتفترق المسؤولية القانونية الموجبة للعقوبة أو التعويض عن المسؤولية الأخلاقية، أو السياسية، أو الاقتصادية، أو الوظيفية؛ فالفقر والحرمان يؤديان لشيوع بعض الجرائم، دون أن ينفيا مسؤولية مرتكبيها، كما أن نشوء حالة الضرورة أو الدفاع الشرعي مما يرفع المسؤولية عن الفعل؛ فقد تحقَّق قاضي

محكمة بني سويف - على سبيل التوضيح - من أن فعلَ الخنق هو الذي أدى لموت المجني عليه فحكم على الجاني بالقصاص لهذا[٤٧]. ودائمًا ما تجري كلمة «سبب» أو ما يدلُّ عليها في عبارات القضاة والفقهاء عند تحديد المسؤولية والأجزية المترتبة عليها. غير أن للمسؤولية شروطها الخاصَّة التي يجدر الاهتمام بها في مبحثٍ خاصٍّ.

(٢) تعريفه:

السبب لغةً هو ما يتوصل به إلى الشيء، ويطلق على الطريق كما في قوله تعالى: ﴿فَأَتْبَعَ سَبَبًا ﴿٨٥﴾﴾ [الكهف: ٨٥]؛ إذ يتوصل به إلى المكان المقصود الوصول إليه. ويعرِّفه الأصوليون بأنه: «وصف ظاهر منضبط جعله الشارع علامةً على الحكم بحيث يوجد بوجوده وينتفي بانتفائه»[٤٨]، من ذلك: غروب الشمس فإنه وصفٌ ظاهر لكل أحد، ومنضبط أيضًا، وقد جعله الشارع علامةً على وجوب صلاة المغرب، بحيث يوجد الحكم التكليفي «الوجوب» بوجود هذا الوصف «الغروب» وينتفي بانتفائه. وكذلك فإن ملك النصاب في النقود المقدَّر بما يساوي قيمة (٨٥) جرامًا من الذهب وصفٌ منضبطٌ يستطيع أن يعرفه المزكِّي ووليُّ الأمر على نحوٍ لا يثير نزاعًا؛ ولذا جعله الشارع علامةً على الحكم التكليفي، وهو وجوب الزكاة، بحيث يوجد الحكم بوجوده وينتفي

---

(٤٧) سجلات محكمة بني سويف الشرعية، السجل رقم (٢٤٦)، قضية (٤٠-٢٥) جمادى الآخرة (١٣٠٠-٢ مايو ١٨٨٣م)، ص٣٤؛ حيث ادعى عبد الفتاح وزوجته فاطمة على محمد عبد الفتاح الحاضر معهما أنه قام بخنق ابنيهما محمد، البالغ عمره عشر سنوات، واستمرَّ خانقًا له في رقبته حتى مات بسبب ذلك الخنق... قاصدًا موته عمدًا عدوانًا منه، بغير حقٍّ شرعيٍّ.

(٤٨) انظر: المستصفى (١/ ٩٤)، والإحكام للآمدي (١/ ١٢٧)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٤٤٥-٤٤٦)، والسبب عند الأصوليين للدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود، (١/ ١٦١-١٦٥). وقد عرَّفه الشوكاني بأنه هو: «جعل وصف ظاهر منضبط مناطًا لوجود حكم، أي: يستلزم وجوده وجوده، وبيانه أن لله سبحانه في الزاني حكمين: أحدهما تكليفي وهو وجوب الحد عليه، والثاني وضعي وهو جعل الزنا سببًا لوجوب الحد؛ لأن الزنا لا يوجب الحدَّ بعينه وذاته، بل بجعل الشرع». انظر: إرشاد الفحول، طبعة دار الفضيلة، الرياض، (٢٠٠٠م)، (١/ ٧٥).

بانتفائه. وكذلك فإن من ضرب شخصًا بسكينٍ فمات أو أحرق زرعَ غيره يكون مسؤولًا عمَّا نتج من فعله.

ويفترق السبب في الفلسفة عن السبب في القانون، رغم اتصالهما، من جهة أن الهدف في الأول معرفيٌّ يهدف إلى إدراك الظروف والعوامل المؤثرة في إحداث النتائج، مما قد يساعد على توقعها، والإفادة من هذا التوقع، على حين أن الهدف في الثاني عمليٌّ ومقيَّد بتحديد المسؤولية عن النتائج، وترتيب الجزاءات المترتبة على هذه المسؤولية، على النحو الذي يظهر بوضوحٍ بالغٍ في الجنايات والضمانات(٤٩).

وتتداخل هذه الأهداف في عمل الفقيه؛ فتحديد أقصى مدَّة للحمل بعامٍ في قانون الأحوال الشخصية المصري - أخذًا برأي محمد بن عبد الحكم - مبعثه ملاحظة الفقهاء المحدثين ظاهرة تعمُّد بعض الزوجات تطويل أَمَد العدَّة، وادعاء الحمل؛ كيدًا للأزواج، وإعناتًا لهم باستمرار استحقاق النفقة في أثنائها. ويركِّز النظر القانوني في السبب على العلاقة بين الفعل أو التصرف والمسؤولية الناشئة عن ذلك في مجالي العقوبات والضمانات.

ولهذا يمكن التمييز بين أنواع الأسباب التالية:

(أ) **السبب الشرعي**: وهو الوصف الظاهر الذي أناط به الشرع الحكم وجودًا وعدمًا؛ إذ يفيد قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] سببيَّة وجوب القصاص بمطلق القتل، وكذا فإن الصغر والجنون فيما أفادته النصوص الشرعية سببٌ لرفع المسؤولية، والإعسار كذلك سبب لإنظار المدين إلى حين ميسرة، وهكذا. ويوضِّح هذا أن النصوص الشرعية هي التي أقامت سببيَّة القتل والصغر والجنون والإعسار للقصاص ورفع المسؤولية وإنظار المدين.

---

(٤٩) انظر مبحث السببية في كلٍّ من: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي (١/ ٣٧٥)؛ ومحمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (٢٠١٥م)، ص١٥٠ وما بعدها.

(ب) **السبب الحسِّي**: وهو الوصف الذي تدلُّ المشاهدة والحسُّ أو الملاحظة العلمية والتجربة على أنه الموجبُ للنتيجة؛ فمن استخدم سكينًا لطعن شخصٍ تربَّص به وطعنه حتى مات فهو قاتل مسؤول عن القتل، ولو فتح قفص طائر فطار وضاع كان هو الذي تسبَّب في ضياعه، ولو وضع سُمًّا لأحدٍ وشربه ومات كان واضع السُّم هو المتسبِّب في قتله. ورغم ذلك، فإن الأحناف لم يعدوا القتل بالسُّم ناشئًا عن وضعه، وإنما اعتبروه نتيجة تناول الشارب له وشربه إيَّاه، تغليبًا للمباشرة والسبب القريب للنتيجة، وعندهم كذلك أن من فتح قفص طائر فطار لا يُعَدُّ مسؤولًا عن هروبه؛ لأن الطيران من فعل الطائر لا من فعل من فتح القفص.

وتبتعد مثل هذه الآراء عن ما يوجبه الحسُّ وتدلُّ عليه المشاهدة مما ينبغي أخذه في الاعتبار عند تقويمها. ومن الواضح أن تحديد السبب الحسِّي مما يخلُّ في نطاق تطبيق السبب الشرعي؛ إذ لا سبيل إلى تطبيق عقوبة القصاص التي أوجبها الشرع بوجه العموم في الفعل المحدث للقتل إلا بالنظر إلى الفعل، والتأكُّد من كونه سببًا للقتل في الحادثة المنظورة. وإنما يُعرف السبب الحسِّي بالملاحظة والتجربة الدالَّيْن على ترتُّب النتيجة على الفعل في الأحوال كلِّها، عند انعدام مانع يمنعها، ولا حقَّ للأحناف بهذا في عدم اعتبار القتل ناشئًا عن وضع السُّم لمن شربه.

(ج) **السبب العرفي**: هو الوصف الموجب للنتيجة في مألوف الناس وعاداتهم والتفكير السائد المقبول عندهم؛ فالمفقود أربع سنواتٍ يغلب هلاكه في المألوف والعادة، رغم أن الفَقْد وعدم العلم بمكان المفقود لا يستلزم العلم بهلاكه في الحسِّ والعقل، وعدم كفاءة الزوج لزوجته موجب للضرر في بيئاتٍ معينة مما قد يستوجب حقَّ الأولياء في التفريق، وكذا فإن من يشعل النار في بيت شخصٍ تحاصره النيران فيلقي بنفسه من مكانٍ مرتفعٍ هربًا من النيران فيموت، يكون هذا الذي أشعل النار هو المتسبِّب في الموت، وتقع المسؤولية الكاملة عليه.

ويلزم إثبات السببيَّة من الوجهة الحسيَّة أو العرفيَّة لإلقاء المسؤولية بالتأكُّد من مدى إسهام الفعل أو الأفعال في النتيجة المؤاخذ عليها، وعدم إمكان

حدوث هذه النتيجة من دون هذا الفعل أو الأفعال الموجبة لهذه المسؤولية؛ وهكذا فإن السبب الشرعي عامٌّ، لا يعمل في الوقائع الجزئية إلا بمعاونة الأسباب الحسيَّة والعرفيَّة.

(٣) تقسيم السبب من حيث المناسبة للحكم:

تتنوَّع الأسباب الحسية والعرفية التي يتناولها الفقيه في عمله، ولا تنحصر في الأفعال الإنسانية وحدها، بل تشمل أيضًا العوامل الطبيعية وما يتعلَّق منها بأفعال الحيوانات والجمادات، كالحال في صدام السيارات. ويقسم الفقهاء الأسباب من حيث مناسبتها للحكم المترتب عليها إلى نوعين:

أحدهما: السبب المناسب للحكم، وهو الذي يدرك العقل وجه ترتُّب الحكم الشرعي عليه، مما يطرد تحقُّقه في غير العبادات. من ذلك القتل العمد العدوان الذي جعله الشارع سببًا للحكم بالقصاص، والإسكار في كونه سببًا للحكم بالعقوبة، وإنما كان السبب مناسبًا للحكم لوجود مصلحة مقصودة بالحفظ يدرك العقل وجه الربط بينها وبين كلٍّ من الحكم والسبب. فالقتل العمد العدوان يؤدي إلى اضطراب الحياة الاجتماعية ويناسبه العقاب عليه بشرع القصاص، وكذلك الإسكار يفوت مصلحةً ضروريةً هي حفظ العقل فناسب العقاب عليه.

ثانيهما: السبب غير المناسب للحكم، وهو الذي لا يظهر للعقل وجه المصلحة في الربط بين السبب والحكم المترتب عليه، مما قد يجري في تحديد الأسباب الشرعية في مجال العبادات، ومن ذلك الزوال لوجوب صلاة الظهر، والغروب لوجوب صلاة المغرب، وظهور الهلال لوجوب صوم رمضان، فهذه كلها أسباب لا يدرك العقل علاقة أو مصلحة متعينة في ارتباط الأحكام بها.

ويستفاد من هذه الأمثلة أن النوع الثاني من الأسباب التي لا يظهر وجه الربط بينها وبين الأحكام إنما يوجد في العبادات المقدَّرة وحدها بخلاف المعاملات والعقوبات فيطرد في أسبابها مناسبتها للحكم، حتى يستعصي على الذهن تذكُّر مثال واحد لسببٍ لا مناسبة بينه وبين حكمه المترتب عليه في غير مجال العبادات المقدَّرة.

أما سائر أحكامها فيمكن إدراك مناسباتها؛ فأحكام الزكاة قائمةٌ على رعاية التوازن بين حقوق الأغنياء والفقراء على نحوٍ يمكِّن الغني من الاستمرار في أداء وظيفته في استثمار أمواله لمصلحة الفقير والمجتمع، وفي الحج اجتماع المسلمين السنوي لتحقيق مصالحهم الاجتماعية والدولية، وفي الصيام مصالح نفسية واجتماعية لا تُحصى.

(٤) السبب والعلَّة:

يشمل السبب كلًّا من الوصف المناسب للحكم والوصف غير المناسب للحكم كما تقدَّم، على حين تنحصر العلَّة في الوصف المناسب لترتيب الحكم عليه؛ وبهذا فالعلَّة أخصُّ من السبب، وسيرد توضيح العلاقة بينهما في مبحث القياس.

(٥) تقسيم السبب بالنظر إلى استطاعة المكلَّف وقدرته:

ينقسم السبب بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أولهما: السبب المقدور عليه، الذي يستطيع المكلَّف إتيانه كالقتل العمد الموجب للقصاص والسرقة والزنا والقذف به، فهذه أسباب لعقوباتٍ معيَّنة، وهي مما يدخل في وسع المكلَّف وطاقته؛ ولذا كانت محلًّا للتكليف بترك هذه الأفعال وتحريمها، وكذلك فإن الزواج سببٌ لحِلِّ الاستمتاع وإثبات التوارث بين الزوجين ووجوب النفقة للزوجة والطاعة للزوج، وهذا السبب مقدور للمكلَّف فيدخل فيه التكليف كذلك.

ثانيهما: السبب غير المقدور للمكلَّف كالموت فإنه سببٌ للتوارث، وكغروب الشمس فإنه سببٌ لوجوب صلاة المغرب، وكالقرابة بالنسبة إلى ثبوت الإرث، فهذه كلها أسبابٌ لا تدخل في وسع المكلَّف ولا قدرة له على تحصيلها أو تجنُّبها، وتترتب عليها الأحكام التكليفية. وهكذا فإن السبب في النوع الأول فعل إنسانيٌّ على حين أنه في الثاني واقعة قانونية رتب عليها الشارع أثرًا أو حكمًا. وهكذا قد يترتب الحكم على السبب ولو لم يقصد

المكلَّف إليه؛ إذ يوجد الحكم بوجود سببه، سواء مع القصد أو من دونه؛ فإهمال قائد السيارة إذا أضرَّ بغيره سبب للضمان، وإتلاف الصبي والمجنون مال غيره موجب للضمان والتعويض، ولو لم يكن غرضهما هو الإتلاف.

(٦) تقسيم السبب بحسب الحكم المترتب عليه:

ينقسم السبب بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أولهما: أن يكون سببًا لحكم تكليفيٍّ وهو وجوب صلاة المغرب ووجوب صوم رمضان. ومنه كذلك ملك النصاب النامي الذي يترتب عليه التكليف بوجوب الزكاة، وكذلك جعل المرض سببًا لإباحة الفطر.

ثانيهما: أن يكون سببًا لحكم وضعيٍّ، وذلك كالبيع فإنه سببٌ لإثبات ملك المشتري في المبيع، وزوال ملك البائع عنه، وإثبات ملك البائع في الثمن، وزوال ملك المشتري عن الثمن، وكذلك جعل الزواج سببًا لإثبات نَسَب الولد الذي تأتي به الزوجة بعد مضيٍّ أدنى فترة الحمل من تاريخ العقد، وهي ستة أشهر، وليس إثبات النَّسَب ولا إثبات الملك من الأحكام التكليفية، بل هو وضع من الأوضاع الشرعية.

(٧) تحديد الوصف أو العامل المعتبر سببًا:

يلزم أن يحظى بعناية بالغة تحديد الوسائل والمعايير التي يستخدمها الفقهاء والقضاة في فحص العوامل المتشابكة التي تسبق النتيجة لاعتبار أيٍّ منها أو بعضها هو السبب في إحداث تلك النتيجة، ولمَّا كان السبب هو الوصف الذي يوجد الحكم بوجوده وينتفي بانتفائه، فإن غياب الوصف أو العامل مع وجود النتيجة يدلُّ على أن السبب غير هذا الوصف؛ ولذا فإن غياب المتهم بالقتل عن مكان الجريمة (alleby)، أو التناقض البالغ في أدلة الاتهام قاطعٌ في الدلالة على براءته، وأن آخَرَ هو المسؤول عن وقوعها.

ويتصل بتحديد معايير اعتبار أحد الأوصاف أو العوامل سببًا في إحداث النتيجة بحثُ الفقهاء في الفرق بين المباشرة والتسبُّب، والسبب القريب والبعيد

وانقطاع السببيَّة بالتدخل بفعل آخر يقطع الفعل الأول الذي كان سيؤدي إلى النتيجة ذاتها، كما لو أعطاه سُمًّا قاتلًا، فجاء آخر وقطع رقبته، فإن القتل سيُنسب إلى فعل الثاني.

وتدلُّ كثرة التفصيلات المتعلِّقة بمبحث السبب ودقتها على الحاجة إلى بحث موضوع السبب بحثًا مستقلًّا مقارنًا[٥٠].

ثانيًا: الشرط

(١) تعريفه:

الشرط في اللغة: العلامة، وهو عند الفقهاء الإلزام بالشيء والتزامه، كما لو اشترط أحد العاقدين شرطًا مثل تأجيل الثمن، أو تقييد الإجارة بمدَّة معيَّنة فيلتزم العاقدان بما اشترطاه، ويقسم الفقهاء الشروط تقسيماتٍ متعدِّدة، أهمها التفريق في مصدر الإلزام بها بين الشروط الشرعية والجعلية.

فالشروط الشرعية هي التي يتوقَّف وجود الحكم عليها بإيجاب الشرع، كالوضوء للصلاة التي تتوقَّف صحتها عليه. أما الجعلية فهي التي تنشأ بفعل المشترط، ومعناه أن يعلِّق أحدٌ تصرفاته أو يقيِّدها بوجود أمر معيَّن، كأن يعلِّق الطلاق أو البيع على حدوث واقعة أو أمر. ومنه الاشتراط التقييدي، وهو أن يعلِّق أمرًا لم يوجد على أمر قد وجِد بصيغة مخصوصة، مثل أن تهب ابنها بيتًا شريطة أن يتزوج قبل بلوغه خمسة وعشرين عامًا، ويقسم الفقهاء مثل هذه الشروط تقسيماتٍ متعدِّدة تميِّز بين الصحيح والفاسد والباطل منها. ويلتحق

---

(٥٠) انظر على سبيل المقارنة:
- Bruder,A., Owning Outcomes:On Intervening Causes, Thin Skulls and Fault Undifferentiated Crimes, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 11 (1998): 89-114.
-Donald Davidson," Causal Relations" in: EssaysOn Actions and Events, Oxford:-Clarendon Press,1980.
- Mackie,J.L., The Cement of the Universe. A Study of Causation, Oxford: Clarendon Press, 1974, 1980.
- H. L. A. Hart & TonyHonore, Causation in the Law (2d.ed.1985).
-Michael Moore, Causation and Responsibility (2009).

بذلك ما يشير إليه الفقهاء من تفريقٍ بالنظر إلى طرق التعبير عن الاشتراط بين الشروط الصريحة والضمنية، وبالنظر إلى مشروعية الشروط وما يترتب عليها إلى شروطٍ صحيحة أو فاسدة أو باطلة، وبالتفريق بين الشروط المباشرة وغير المباشرة.

ويجب التنبيه إلى التفريق بين كلٍّ من التناول الفقهي والأصولي للشرط؛ إذ يتميَّز التناول الفقهي بالانحصار في دائرة العمل الفقهي، وبخاصةٍ في مجلات العقود والتصرفات والتشريعات التي أوجبتها النصوص، أما التناول الأصولي فيتسم بكونه تناولًا نظريًّا يوغل أحيانًا في التجريد والعموم وينحصر بوجه العموم في دائرة السبب الشرعي الذي يرى بعض الأصوليين أنه: «السبب الحقيقي».

ويوضِّح التقسيم الأصولي للشروط إلى شرعية وعقلية ولغوية وعادية ما قصدته من غلبة المنحى النظري الفلسفي في التناول الأصولي للشرط. وسنحاول في التناول التالي للشرط البقاءَ في إطار دائرة النظر الفقهي، وما يحتاجه الفقيه في عمله.

لقد عرَّف الأصوليون السبب لهذا بأنه وصفٌ ظاهر منضبط يتوقَّف وجود الحكم على وجوده، ويلزم من عدمه عدم الحكم؛ وذلك لحكمةٍ في انعدامه تنافي حكمة الحكم[٥١]، من ذلك حولان الحول (مرور العام) على ملك النصاب فإنه شرطٌ للحكم بوجوب الزكاة، فإن هذا الشرط وصفٌ منضبط يدرك بحساب الأيام، ولا يثبت الحكم بوجوب الزكاة إلا إذا تحقَّق هذا الشرط ويلزم من عدم وجوده عدم وجود الحكم، لغياب معنى الغنى الذي أنيط به هذا الوجوب. ويشترط حضور الشاهدين في الزواج لصحته، فإن لم يحضر الشاهدان العقدَ لم يصح؛ لمنافاة غيابهما معنى الإشهار المقصود شرعًا لأداء الزواج وظائفه الاجتماعية المتنوِّعة. وكذا فإن القدرة على التسليم شرطٌ في صحَّة البيع، ويستلزم غياب هذه القدرة انعدام الفائدة المرجوَّة من البيع، فلا يصحُّ، وهو ما لاحظه الشوكاني في بيانه حقيقة الشرط بأنه: «هو

---

(٥١) البحر المحيط للزركشي (١/٣٠٩).

ما كان عدمه يستلزم عدم السبب لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب»[٥٢].

وهكذا فإن وجود الحكم مرهونٌ بوجود الشرط حتى لزم من عدمه انعدام الحكم. ولا يثبت الحكم بوجوب القصاص في القتل إلا إذا توافر فيه شرطان: **أولهما**: كون القتل على سبيل العمد، **والثاني**: أن يكون على سبيل العدوان، فإذا لم يكن على سبيل العمد بأن كان القتل خطأً انتفى الحكم بالقصاص، وكذا إذا لم يكن عدوانًا بل كان غير عدوان، كما لو كان القتل قيامًا بواجبٍ في تنفيذ الحكم بالقصاص أو استعمالًا لحقِّ الدفاع الشرعي عن النفس، فإن الحكم بالقصاص لا يثبت وينتفي لانتفاء الشرط.

وكثيرًا ما تأتي الأحكام في النصوص الشرعية مقترنةً بالشروط التي قد لا تثبت هذه الأحكام من دونها، فيما يفيده تعليقها بصيغ الشرط وأدواته، وذلك داخل في العبادات والمعاملات؛ من ذلك أن قوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ﴾ [النساء: ١٠١]، وقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، يدلان على إباحة قصر الصلاة عند الخوف، والندب إلى المكاتبة باشتراط العلم بالخيرية، وكذا اشتراط الدخول بالأُمِّ لتحريم الزواج بابنتها مما أفادته آية التحريم في الزواج من سورة النساء.

ويستفاد الشرط من كل تعليقٍ بحرفٍ من الحروف التي تفيده، كما هو واضح من الأمثلة السابقة. ويستفاد كذلك من دلالات النصوص، كاشتراط العلم بها أو مظنَّة هذا العلم للتكليف بالأحكام المتضمَّنة فيها، «حتى إن النصَّ النازل لا حكم له قبل العلم من المخاطب، فإن أسلم من في دار الحرب لم يلزمه شيء من الشرائع... وكذلك اشتراط النيَّة والطهارة لصحَّة الصلاة والإشهاد في النكاح»، فيما أشار إليه البزدوي[٥٣]. وقد نبَّه البزدوي كذلك إلى

---

(٥٢) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م)، (١/ ٧٦)؛ والمستصفى للغزالي (١/ ١٨٠-١٨١)، والإحكام للآمدي (١/ ١٣٠)، والبحر المحيط (١/ ٣٠٩)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٤٥٢).

(٥٣) كشف الأسرار، لعبد العزيز البخاري (٤/ ٢٨٨).

تعلُّق الشروط بالمندوبات والمستحبات مثل ما في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فأما الإباحة فتستغني عن الاشتراط(٥٤)، وهذا كله في الشروط الشرعية المفروضة من الشارع، حتى لا يملك المكلَّفون إسقاطها، أو تجاهلها(٥٥).

(٢) أقسامه:

تنقسم الشروط إلى شرعية وجعلية؛ فالشرط الذي اشترطه الشارع ودلَّت عليه نصوصه، هو الشرط الشرعي، كاشتراط حضور الشاهدين لصحَّة الزواج؛ ذلك أن هذا من اشتراط الشرع، فلا يملك المتعاقدان إسقاطه، وكذلك اشتراط ألَّا تكون الزوجة محرَّمةً على زوجها عند التعاقد، فإنه من اشتراط الشرع لصحَّة عقد الزواج، ومن الشروط الشرعية البلوغ لوجوب الصلاة.

وقد ترد الشروط للحكم بالانعقاد، أو اللزوم أو النفاذ، كاشتراط الأهليَّة في العقود، وعدم الخيار في البيوع، والكفاءة في الزواج، ومنه ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

ويقابل هذا النوعَ من الشروطِ الشروطُ الجعلية أو الاتفاقية الاختيارية التي تنشأ أحكامها باختيار المكلَّف والتزامه بها، من ذلك أن اتفاق الزوجين على

---

(٥٤) كشف الأسرار، لعبد العزيز البخاري (٤/ ٢٨٩).

(٥٥) لا حقَّ لهذا فيما قضت به الدائرة المدنية لمحكمة الهند العليا (The Supreme court) في قضية (Vishwa Lochan Madan) ضد اتحاد علماء الهند (Union of India & ORS) الذي كان قد حكم بإبطال زواج امرأة زنى بها والد زوجها، بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، حملًا لمعنى «نكح» على مجرَّد الوطء، وقد رأت المحكمة عدم التفريق بين الزوجين، بناءً على عدم إيجاب ذلك في نصوص قوانين الأحوال الشخصية الهندية التي يُعهد بصياغتها إلى أكابر علماء الشريعة في البلاد، وقد رأت المحكمة العليا استمرار الزواج رغم اغتصاب والد الزوج للزوجة، بالنظر إلى أن رأي الاتحاد مجرَّد فتوى لا إلزام فيها، وبأن الاستفتاء الموجَّه إلى الاتحاد وعلماء دار العلوم بديوبند قد توجَّه من غير ذي صفة، أو من غير طرفي الزواج اللذين صدر التفريق بحقِّهما؛ دون أن يسعيا إليه، وإنما لم يسغ هذا الحكم للخطأ المتعلِّق بعدم النظر إلى أن قيام تحريم المصاهرة بمجرَّد الوطء حكم لازم، فلا ينقلب غير لازم بالنظر إلى أن الإفتاء غير ملزم.

تأجيل جزء من المهر إلى حين الوفاة أو التفريق هو اشتراطٌ ناشئ من جهة المتعاقدين، ومصدر الإلزام بهذا الشرط هو اتفاقهما عليه، واشتراط تقديم المشتري كفيلًا بالثمن أو رهنًا به من قبيل هذه الشروط الاتفاقية.

ويبطل من الشروط الجعلية ما ينافي المصالح التي أرادها الشرع من التصرفات المضاف إليها هذه الشروط على تفصيلٍ محله البحث في نظرية العقد، وإجمال ذلك أن هناك من الشروط ما يوافق مقتضى العقد كاشتراط البائع رهنًا أو كفيلًا بالثمن المؤجَّل، فيصح الشرط، بخلاف الشروط المنافية لمقتضى العقد، كاشتراط الزوج عدم الإنفاق على الزوجة، أو عدم الحق في المهر، فيصح العقد ويبطل الشرط. أما الشروط الجعلية التي لا تؤكِّد مقتضى العقد ولا تخالفه فتصح عند الحنابلة مطلقًا، وعند الأحناف إذا وافقت عرف المتعاقدين.

وتطبيقًا لذلك، لا تصحُّ الشروط المنافية للمصالح المقصودة من العقد، كاشتراط بائع الدار ألَّا يسكنها المشتري، أو ربّ المال في المضاربة ألَّا يتحمَّل شيئًا من الخسارة، أو عدم ضمان المودع مطلقًا أو ضمانه، ولو لم يتعد في الحفظ، أو على المزارع ألا يبيع نصيبه ولا يهبه.

الفرق بين الشرط والركن:

يشترك الركن والشرط في أن كلًّا منهما يتوقَّف وجود الحكم عليه، غير أنهما يختلفان في أن الركن جزء من حقيقة الشيء وماهيته بخلاف الشرط الذي هو خارج عن الماهية، وليس جزءًا من الشيء نفسه، فالركوع ركن الصلاة لأنه جزؤها، ولا يتصور وجودها من دونه؛ لأنها مؤلَّفةٌ منه ومن السجود والقيام والقعود. أما قراءة الفاتحة أو شيء من القرآن في الصلاة، فلا يدخل في حقيقتها وليس جزءًا منها، وإنما هي شرط في صحتها.

وكذلك الإيجاب والقبول ركنا العقد؛ لأنهما جزء من حقيقة العقد. لكن القدرة على تسليم المبيع في عقد البيع شرطٌ لصحته، فيبطل العقد إذا باع ما لا قدرة للبائع على تسليمه، كما لو باع شيئًا مسروقًا ولا يعرف سارقه أو إذا كان يعرف السارق وليس لديه وسيلةٌ لإثبات ملكيته للمسروق، فالقدرة على التسليم شرط، على حين أن كلًّا من الإيجاب والقبول ركنٌ.

تقسيم الشرط بحسب ما يكمله:

ينقسم الشرط بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أولهما: الشرط المكمِّل للسبب والمتعلِّق به، وهو الذي يؤكِّد معنى السبب ويقوِّي أثره، كاشتراط العمدية لإيجاب القصاص، فإن هذا الشرط يتعلَّق بالسبب ويؤكِّد ترتُّب أثره عليه، وهو وجوب القصاص؛ ذلك أن السبب في القصاص هو القتل، واشتراط العمدية فيه يؤكِّد الحكمة التي اقتضت جعله سببًا في القصاص، وهي تهديد القاتل للحياة الإنسانية، ويؤكِّد هذا التهديد أن يصدر منه القتل بوجه العمد. كذلك فإن ملك النصاب سببٌ لوجوب الزكاة، لإفادته الغنى، ويؤكِّد هذا المعنى مرور العام على ملك النصاب، فهذا شرط مكمل للسبب أيضًا. وكذا فإن العلم بالأحكام الشرعية شرطٌ يستوجب عدم تكليف المسلم المقيم في دار الحرب بما تختلف فيه الشرائع.

ثانيهما: الشرط المكمل للحكم، وهو الذي يتعلَّق به ويؤكِّد معناه، من ذلك اشتراط الكفاءة في الزواج؛ لأن حكمه حِل العشرة والتعاون بين الزوجين، ويؤكِّد هذا الشرط النتائج المتوقعة من الزواج وأحكامه، وكذلك فإن اشتراط القدرة على تسليم المبيع مما يؤكِّد حكمه المترتب عليه، وهو انتقال ملك المبيع من المشتري إلى البائع لتمكينه من الانتفاع به.

ثالثًا: المانـع

(١) تعريفه:

تطور مفهوم المانع هو الآخر في النظر الأصولي تطورًا أبعدَ من نظيره في القانون العرفي الإنجليزي الذي يميز بين الموانع المطلقة والثابتة التي تمنع صحَّة الفعل ومشروعيته، كزواج الأخ بأخته، وهو ما يطلق عليه (dirimant impediment)، والموانع النسبية (Relative impediment)، وكذا الموانع المؤثمة (prohibitive impediments)، التي قد تستوجب العقاب على إيجابها، من ذلك قتل المورث الذي يستوجب العقاب، فضلًا عن المنع من الميراث.

ويُعرَّف المانع في اللغة بمعنى الحائل بين الشيئين، وفي الاصطلاح بأنه:

«ما يلزم من وجوده عدم الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم»، بخلاف السبب الذي يلزم من وجوده الوجود، وكذا الشرط فإنه يلزم من عدمه العدم، وذلك كالدين مع وجوب الزكاة، والأبوة مع وجوب القصاص[٥٦]. وقد عرَّفه السيد محمد صديق حسن خان بأنه: «وصف ظاهر منضبط يستلزم وجوده حكمة تستلزم عدم الحكم أو عدم السبب»، والمانع بهذا وصف ظاهر منضبط ينافي وجوده الغرض المقصود من الحكم أو سببه. ومن أمثلة مانع السبب: الدَّيْن في ملك النصاب، الذي هو سبب وجوب الزكاة، غير أن وجود الدين الذي ينقص النصاب يمنع وجود السبب وهو ملك النصاب، فتكون ملكيَّة الشخص له ملكيةً ناقصةً لا يترتب عليها أثر شرعيٌّ فلا تجب عليه الزكاة.

ومن أمثلة مانع الحكم: أبوة القاتل للمقتول، فالقتل العمد موجبٌ لحكم القصاص، غير أن أبوة القاتل للمقتول تمنع من ترتب الحكم وهو القصاص على السبب وهو القتل العمد. وقد لاحظ الشاطبي رجوع هذا النوع للسبب كذلك فلا فرق بينهما[٥٧]، غير أن لهذا التفريق أهميته التشريعية، بالنظر إلى أن تأثير المانع قد يتجه إلى السبب فيمنع انعقاده موجبًا للحكم، وقد يتجه إلى الحكم بعد انعقاد السببيَّة؛ فالقتل العمد سببٌ للقصاص، غير أن وجوب تنفيذه على من يلي ذلك مانع مؤثر في السبب ذاته، حتى ينتفي معنى التجريم، على حين يمثِّل قيام حالة الدفاع الشرعي عن النفس بشروطها في القتل العمد مانعًا من الحكم بالقصاص رغم انعقاد السببيَّة، وبقاء معنى التجريم. ومثل خيار الشرط الذي يمنع حكم البيع، وهو نقل ملكيَّة المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، وكذا خيار العيب الذي يمنع لزوم العقد، وكذا الغش والتدليس اللذان لا يمنعان ترتب آثار العقد وإن منعا لزوم هذه الآثار. ومن ذلك أيضًا قتل الوارث مورثه، فإنه مانع من الميراث رغم قيام سببه، وهو القرابة أو الزوجية؛ ومنه أيضًا اختلاف الدين بين الوارث والمورث، فلا يرث الزوج المسلم زوجته غير المسلمة لوجود المانع وهو اختلاف الدين بينهما، ولا يمثل اختلاف الدين بين الموصي والموصى له مانعًا من استحقاق الوصية؛ وكذا لو جرح شخص

---

(٥٦) البحر المحيط للزركشي (١/ ٣١٠).

(٥٧) الموافقات (١/ ٢٨٦).

شخصًا، وكان هناك احتمال وفاة المجني عليه بهذه الجناية فجاء شخص آخر وقتله انقطع عمل الجاني بالجرح وعوقب في حدود فعله، وكان الشخص الآخر هو المسؤول عن القتل؛ ويمثِّل امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته مانعًا من وجوب طاعتها له ومطالبتها بالدخول في هذه الطاعة، وتنقسم الموانع في الزواج إلى موانع مؤبَّدة وموانع مؤقَّتة حسبما هو معروف في دراسة عقد الزواج، وكذلك الجنون فإنه مانعٌ من التكليف.

وقد أجاز قانون البينات والإثبات السوري في مادته السابعة والخمسين الإثبات بالشهادة عند وجود المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي، وإنما يتحقَّق هذا المانع إذا كانت الظروف التي جرى فيها التعاقد، أو الصلة بين المتعاقدين لا تسمح من الناحية الأدبية بطلب توثيق المعاملة كتابيًّا، كأن يقترض الخاطب من مخطوبته في أثناء قيام خطبتهما، حيث يغلب الودُّ والثقة المتبادلة، فلا تثريب على المحكمة إذا لجأت إلى الشهادة في إثبات مثل هذا الدين. ويغلب إطلاق المانع (impediment) في القانون المدني على الأوصاف المانعة من التصرفات، كالصغر أو الجنون الذي يمنعهما من التعاقد، وعلى الأوصاف المانعة من الزواج كالقرابة المحرمة، وكون أحدهما زوجًا للغير.

(٢) حكمه:

تتعلَّق بالمانع أحكام عديدة من بينها:

(أ) تحصيل الموانع أو دفعها ليسا من مقصود الشارع، فلا تكليف بهذا التحصيل أو الدفع إلا إذا اندرج تحت خطاب التكليف، فالدَّين مانع من الزكاة، وهو بكونه مانعًا حكم وضعيٌّ لا تكليف فيه.

(ب) قد يدخل المانع تحت خطاب التكليف، فقتل الوارث مورثه مانع من الميراث، وهو داخل في الخطاب التكليفي، وحكمه الحرمة، والدَّين مانع من وجوب الزكاة في مقداره؛ لأنه على ملك المدين، غير أن الاستدانة للتهرب من وجوب الزكاة مما يدخل تحت خطاب التكليف، وحكمه الحرمة منعًا من أكل حقوق الفقراء.

(ج) توجُّه المكلَّف إلى تحصيل المانع قد يستوجب العقوبة أو الغرامة أو الحكم بالبطلان أو الفساد، كما هو الحال في قتل الوارث مورثه، وقد تستوجب الاستدانة للتهرب من الزكاة الغرامة.

رابعًا: الصحَّة والبطلان

(١) التعريف:

الصحَّة هي ترتيب الآثار المقصودة من الفعل الإنساني في الدنيا أو في الآخرة أو فيهما معًا لوقوعه مستوفيًا أركانه وشروطه، والبطلان هو الحكم بعدم ترتيب الآثار المقصودة من الفعل لعدم استيفاء أركانه وشروطه، فالعقد صحيح بمعنى ترتيب الآثار المقصودة منه، والزواج باطل بمعنى أنه لا تترتب عليه الآثار المقصودة منه، كحِلِّ العشرة والتوارث بين الزوجين ووجوب النفقة والطاعة.

وقد اختلف الأصوليون في اعتبار الصحَّة والبطلان من الأحكام الوضعية أو التكليفية، فذهب بعضهم إلى اعتبارهما من قبيل الأحكام التكليفية؛ لأن الصحَّة تفيد الإباحة والبطلان يقتضي التحريم، فعقد الزواج الباطل يفيد الحرمة، والصحيح يفيد الإباحة؛ والبيع الصحيح يفيد وجوب قيام المشتري بنقل المبيع إلى البائع، ووجوب دفع الثمن، وهذه أحكام تكليفية.

غير أن عددًا من الأصوليين قد اتجه إلى اعتبار الحكم بالصحَّة والبطلان من قبيل الأحكام الوضعية؛ لأن الحكم بأيٍّ منهما ليس فيه طلب اقتضاء الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وإنما هو إثبات وضع تترتب عليه أحكام شرعية بعضها تكليفي، مثلما هو الحال في السبب والشرط والمانع، والأرجح اعتبار الصحَّة والبطلان من الأحكام الوضعية.

(٢) منزلة الفساد:

يقابل الفساد ما يطلق عليه في القانون البطلان النسبي، أو القابلية للبطلان (voidability)، ويدلُّ المصطلح الفقهي الذي تطور في المذهب الحنفي

على ما يدلُّ عليه المصطلحان القانونيان، وإذ يرى جمهور الأصوليين أن العمل عبادة أو معاملة إمَّا أن يكون صحيحًا منتجًا لآثاره أو باطلًا لا تترتب عليه آثاره المقصودة منه، فإن الأحناف يرون وجود منزلة وسطى بين الصحَّة والبطلان هي منزلة الفساد، وذلك في المعاملات والعادات. أما في العبادات وما يلحق بها كالزواج فلا توجد هذه المنزلة؛ لأن العبادة إما أن تكون صحيحة أو باطلة، والزواج كذلك إما أن يكون صحيحًا أو باطلًا.

وطبقًا لهذا التفريق بين الفساد والبطلان في المعاملات، فإن الباطل عند الأحناف هو ما لم تترتب عليه آثاره المقصودة منه لحصول الخلل في أصله ووصفه، وهو بهذا جزاء مرتَّب في الشرع على وجود الخلل في المعاملة، حتى تنعدم معه آثارها، وتكون كأن لم تكن. أما الفاسد فهو ما اعتراه الخلل في وصفه، ولا تترتب عليه الآثار المقصودة منه.

ويفترق الفاسد عن الباطل في إمكان زوال الخلل المتعلِّق بوصف الفعل، وعندئذ يؤول الفعل إلى الصحَّة وتترتب عليه آثاره المقصودة منه. توضيحه أن بيع الخمر باطلٌ لتعلُّق الخلل بمحلِّ العقد، وهو المبيع، ولا يزول هذا الخلل أبدًا. أما بيع الدار بثمنٍ مجهولٍ فبيعٌ فاسد، لا تترتب عليه الآثار المقصودة من البيع؛ لكن إذا تمَّ التعريف بالثمن وتحقَّقت معلوميته، فإن هذا البيع يؤول إلى الصحَّة.

كذلك فإن اقتراض مائة ألف جنيه بفائدة (٢٠٪) قرضٌ فاسد عند الأحناف، ويعني الحكم بالفساد أن على المقترض أن يردَّ مقدار القرض، كما أن الفائدة المتفق عليها لن تكون واجبةً، ويؤول هذا القرض إلى الصحَّة إذا تمَّ إسقاط الشرط المفسِد، وهو الفائدة الربوية، وبهذا فإن العقد الفاسد له وجود معتلٌّ بحيث تزول هذه العلَّة إذا انتهى سببها.

وكذا فإن العقد الذي يعقده الصبي المميز عقد فاسد، للوليِّ تصحيحه، أما العقد الباطل فليس له وجود أصلًا لورود الخلل في طبيعته؛ ولهذا فإنه لا يُتصور استحياؤه إلا بميلاد جديد؛ ولذا فإن عقد الصبي غير المميز عقد باطل لا وجود له، وليس لأحدٍ الحقُّ في تصحيحه، كما أن بيع الخمر بيعٌ باطل، لا يمكن انقلابه إلى الصحَّة. أما بيع الكتاب بثمن غير معلوم، كأن يتفقا على

الثمن الذي يرضى به فلان فهو بيع فاسد، وله بعض الوجود، وتترتب عليه بعض الآثار؛ لذا فلو سلمه الكتاب ملكه بالتسليم ويفسد اتفاقهما على الثمن ويكون الواجب هو القيمة؛ وبذا فإن المصلحة المحميَّة بتسليط جزاء البطلان أكثر جسامةً من المصلحة المحميَّة بالحكم بالفساد(٥٨).

ويجب أن يلتحق بالبطلان والفساد في وضعيتهما الحكم بوقف العقد وعدم ترتُّب آثاره عليه إلى أن يزول الخلل الذي شابه، كما هو الحال في الجزاءين الآخرين، ومثلهما الحكم بعدم اللزوم والفسخ والمنع من التصرفات المالية بالحجر لقيام سببه، وكذا الضمان والعقوبة، والأداء والإعادة والقضاء، والرخصة والعزيمة؛ فهذه كلها أجزية وضعية تتحقَّق بتحقُّق أسبابها، وتوافر شروطها، وانعدام ما يمنعها.

نتائج

لا بدَّ أن نؤكِّد في نهاية هذا المبحث على النتائج التالية:

(١) تتنوَّع الأحكام التكليفية والوضعية تنوعًا ييسِّر التكامل بينهما الأدوات التشريعية والقضائية اللازمة لإعمال المصالح المعتبرة في الشرع.

(٢) تحدِّد الأحكام التكليفية أوصاف الأفعال من حيث درجة طلب فعلها أو المنع منها في الشرع، بالنظر إلى المصالح المطلوب تحقيقها، على حين تحدِّد الأحكام الوضعية الأجزية المترتبة على الامتثال لهذا الطلب لتحقيق هذه المصالح، والحفز على هذا التحقيق.

(٣) تدور الأحكام التكليفية والوضعية مع المصالح، وتتحوَّل بتحوُّلها؛ فالقرض بفائدةٍ محرَّمٌ وعقده فاسد، لكن العقد ينقلب إلى الصحَّة بتخلية القرض من الفائدة، والزواج بدون الوليِّ باطل عند الجمهور، ويصحُّ لكل ذي مصلحة

---

(٥٨) انظر: تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر، بيروت، لبنان، (١/ ٤٧٨)، (٢/ ٣٣٩).وانظر أيضًا: أصول البزدوي، مطبعة جاويدبرس، كراتشي، ص٢٨٨. وكذلك: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١/ ٣٩٤)؛ وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (١/ ٤٦١).

المطالبة بالتفريق بين الزوجين، غير أن دخولهما وإنجابهما يحول دون هذه المطالبة، ويقلب العقد إلى الصحَّة.

(٤) أدى المنهج البالغ الإجمال المعتمد لدي الأصوليين إلى غموض الوظائف الفنية والعملية للأحكام الوضعية، بتركيزهم على الأحكام التكليفية لتحدي وصف الفعل، من حيث درجة طلب فعله في الشرع، مما ينبغي الالتفات إلى تداركه في التناول الأصولي الحديث.

المبحث الثالث: مصدر الحكم الشرعي ومتعلقه

أولاً: مصدر الحكم الشرعي

(١) تقديم:

إذا كانت الأحكام الشرعية هي خطاب الله تعالى المتعلِّق بأفعال المكلَّفين، فمعناه أن مصدر هذه الأحكام هو الله سبحانه وتعالى، فهو المشرع الذي تستمدُّ منه الأحكام حجيتها، ويستند ذلك إلى دليل الإجماع، وإلى أدلة نقلية وعقلية عديدة من بينها نصوص القرآن الكريم في الأمر المتكرِّر بطاعة الله ورسوله، كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ﴾ [النساء: ٥٩]، ومن بينها قوله تعالى: ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [يوسف: ٤٠]، وقوله: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥]، والدليل على رجوع الخلق والتشريع إلى الله سبحانه وتعالى قوله: ﴿أَلَا لَهُ ٱلْخَلْقُ وَٱلْأَمْرُ﴾ [الأعراف: ٥٤].

ومن الأدلَّة العقلية على أن المشرِّع هو الله سبحانه وتعالى أن هذه التشريعات القرآنية أو المتضمَّنة في السُّنة النبوية لا يمكن تبرير وجودها بالربط بينها وبين الظروف الاجتماعية التي سادت في العالم عند نزولها، ويكفي تدبُّر نظام الميراث الذي جاء به القرآن الكريم وما فيه من أحكامٍ في توزيع الثروة على أفراد الأسرة القريبة والبعيدة وَفْقَ الحاجة ليطمئنَّ القلبُ إلى صعوبة تبرير وجود هذا النظام بما كان سائدًا آنذاك من تطوُّر اجتماعيٍّ أو تشريعيٍّ.

وهناك العديد من القواعد التشريعية المتضمَّنة في القرآن الكريم والسُّنة النبوية التي تشير إلى هذا المصدر العالي لهذه الشريعة وتدلُّ عليه، من ذلك قاعدة شخصية المسؤولية في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الإسراء:

١٥]، وعموم مسؤولية كل إنسان عن فعله: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ٣٨﴾ [المدثر: ٣٨]، وقاعدة حوالة الدين المقررة بقوله ﷺ: «**مَطْلُ الغنيِّ ظُلْمٌ، فإذا أُتْبِعَ أحدكُم على مَلِيٍّ فَلْيَتبعْ**»[٥٩]، وقاعدة رفع الضرر والتعويض عنه التي جاءت في الحديث النبوي: «**لا ضَرر ولا ضِرار**»[٦٠]، وقاعدة النيَّة المقررة بالسُّنة: «**إنما الأعمالُ بالنيَّات**»[٦١]، وقاعدة إيجاب الوفاء بالعقود الواردة في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ومشروعية نظام الإفلاس لتنزيل سلطة الدائن من جسم المدين وشخصه إلى أمواله، وتطبيق النبي ﷺ هذا النظام لتحديد هذه السلطة على هذا النحو بكونه قاضيًا في قضية معاذ بن جبل، ويرجع الدليل على أن المشرع هو الله عزَّ وجلَّ إلى التصديق ببعثة الرسول ﷺ ونزول القرآن الكريم عليه وتأييده بالمعجزة وما في القرآن الكريم من إعجاز.

وقد تكون مسألة تحديد مصدر الحكم الشرعي من أعقد مسائل علم الأصول؛ وذلك لتداخل أبعادها الكلامية والسياسية والفقهية، والأوضح أن يجري تناولها عند تناول أحكام الاجتهاد والتقليد، للتفريق بين ما يرجع إلى كليات الشريعة وأُسسها المتضمنة في النصوص، وما هو من عمل الفقهاء والمتشرعين والحكَّام والقضاة.

ويتخذ تحليل ابن سينا في التفريق بين هذه المستويات الثلاثة: (مستوى النصوص، ومستوى المتشرعين من الفقهاء والأئمَّة، ومستوى الحكَّام والقضاة) أهميةً خاصَّة من الوجهتين العملية والنظرية. إذ نراه يفرِّق بين ما يطلق عليه «الأحكام الكليَّة العامَّة»، أو «المشتركة» الموكولة إلى وضع الشارع «والتي

---

(٥٩) أخرجه البخاري في كتاب: الحولات، باب: في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟ (٢١٦٦)، ومسلم في كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة (١٥٦٤).

(٦٠) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في المسند (٢٨٦٧) بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار، وللرجل أن يجعل خشبه في حائط جاره، والطريق الميتاء سبعة أذرع»، في مسند ابن عباس، وقال شعيب الأرنؤوط: حسن. والدارقطني في السنن كتاب: البيوع (٢٨٨)، بلفظ: «**لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضره الله، ومن شاق شقَّ الله عليه**».

(٦١) أخرجه البخاري في كتاب: بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله (١)؛ ومسلم في كتاب: الإمارة (١٩٠٧).

يدركها العقل وتنسبها العامَّة إليه»، مثل قولهم: الإحسان إلى الآباء واجب، وشُكْر المُنعِم فرض[٦٢]. وتشير هذه الأحكام الكليَّة بمصدرها الإلهي إلى الأُسس العامَّة للنظام التشريعي الإسلامي المتضمَّنة في القرآن الكريم والسُّنة النبوية.

أما المستوى الثاني فيتعلَّق بالأحكام الخاصَّة بقومٍ أو أمَّة، أو بما هو «أخص من ذلك كمعاقدة ومعاهدة»[٦٣]، ويرجع تحديد هٰذه الأحكام الخاصَّة إلى «الشارعين»، على حين يرجع تحديد هذه «الأحكام الجزئيَّة» في المستوى الثالث إلى الحكَّام والولاة والقضاة لإجراء العدل ورفع الظلم[٦٤].

ويقارن ابن سينا بين هذه المستويات الثلاثة ببيانه أن «القوانين الكليَّة موكولة إلى وضع الشارع، ولا بدَّ من شرعٍ من عند الله... وكما أن الحكَّام القاصرين عن رتبة الشارعين يقصرون عن وضع الشريعة، كذلك الشارعون لا سبيل لهم إلى الحكم إلا في جزئي جزئي بعينه»[٦٥].

ويقصر التناول الكلامي للموضوع عن الإحاطة بهذه الجوانب المتعدِّدة لفهمها، ويتوقف عند جانبٍ واحد، هو إحاطة القدرة الإلهية الشاملة لكل ما في الكون، مثلما نقول - على سبيل المثال - إن حادثةً معينة ووفاة أحد الأشخاص فيها من قدر الله، وأنه الذي سبَّبها، غير أن هذا وحده لا يكفي لفهم أسباب الحادثة والوفاة، وتحديد المسؤولية عنهما.

ويلزم أن نفهم في هذا الإطار حصر الحكم لله فيما يتعلَّق بالأُسس المتضمَّنة في النصوص، ورد التشريعات المفصلة لهذه الأسس والأحكام الخاصَّة بعلاقات مجتمعٍ معيَّن إلى الشارعين والفقهاء والأئمَّة الذين يبعد عملهم عن الإحاطة بالجزئياتِ وتتبُّع الحكم فيها. وتختصُّ هذه الإحاطة والتتبُّع بعمل

---

(٦٢) المنطق لابن سينا، تحقيق: الأب قنواتي، ومحمود الخضيري، وفؤاد الإهواني، نشرة وزارة المعارف العمومية، طبعة (١٩٥٢م)، (١/ ١٨٢-١٨٣).

(٦٣) نفسه (١/ ١٨٣).

(٦٤) نفسه (١/ ١٨٣).

(٦٥) نفسه (١/ ١٨٣).

القضاة والحكَّام؛ ولهذا يجب تقدير الفصل بين هذه المستويات التي قدَّمها ابن سينا، للتفريق بين ما هو إلهي وما هو بشري، وللتفريق بين ما يختص بعمل الشارعين والفقهاء والأئمَّة، وما هو من أعمال السلطات القضائية.

وبهذا يصدق ما عبَّر عنه الأصوليون في ردِّهم الحكم إلى الله تعالى، مع حصر ذلك في المستوى الأول، ويلزم قرن ذلك فيما أشار إليه ابن سينا بالتسليم برجوع الأحكام الاجتهادية التفصيلية المبنية على هذه الأسس إلى الأئمَّة والفقهاء الذين يمكنهم - بما لهم من خبرة ودربة - القيام بدور الشارعين، دون غيرهم من الجمهور الذين ليست لهم هذه الخبرة أو الدربة، وإن أمكنهم مع هذا إدراك ما هو نافع وما هو ضار وما هو مصلحة وما هو مفسدة بوجه العموم[٦٦]. ولا يمكن ترك الحكم في المنازعات إلى المتشاجرين فيفوض الأمر فيه إلى القاضي، وإن وجب «على المتشاجرين إقناع الإمام أو القاضي، فأيهما أقنع بحجته قضى له»[٦٧].

وبهذا يقدِّم القرآن والسُّنة الأُسسَ الحاكمة للتشريع باعتبارها مفاهيمَ فوقية (supra norms)، على حين يقدِّم الشارعون التشريعات الخاصَّة بأمَّة أو مجتمعٍ بالاختيار من الأقوال المتنوِّعة للمجتهدين أنفسهم المسؤولين عن هذه الأقوال، كما أن الشارعين مسؤولون عن اختياراتهم.

ويدلُّ الاختلاف الفقهي، وتنوُّع الفتوى بتنوُّع الزمان والمكان والظروف، طبقًا لما تفيده القاعدة الفقهية الشهيرة، والتنوُّع التشريعي الذي شهدته المجتمعات الإسلامية؛ على نسبيَّة هذه الأقوال والاختيارات، وتجددها باعتبارها تفسيراتٍ متنوِّعة للنص الشرعي.

وتوضِّح الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال الأحوال الشخصية بشقيها الإجرائي والموضوعي وتنوُّعها في البلاد الإسلامية حدودَ هذه النسبيَّة التي قصدتها بالاستناد إلى ما قرَّره ابن سينا.

لقد تطور موضوع حاكمية الله سبحانه في علم الكلام، وشكَّل الخلاف

---

(٦٦) المنطق لابن سينا (١/ ١٨٢).

(٦٧) المنطق لابن سينا (١/ ١٨٢-١٨٣).

فيه موضوعًا أساسيًا بين المعتزلة وغيرهم، وهو ما حدَّد موقف علماء أصول الفقه، ومناهج تناولهم، والجزئيات التي استبقوها في أبحاثهم حتى العصر الحديث في هذا الموضوع. فعند التفتازاني - على سبيل المثال - أن المعتزلة يرون: «أن العقل حاكم مطلق على الله وعلى العباد... وعندنا: الحاكم بالحسن والقبح هو الله تعالى، وهو متعالٍ عن أن يحكم عليه غيره، وعن أن يجب عليه شيء»[68]. وهو ما يشير إليه الآمدي كذلك بعبارة حاسمة، حيث يقرِّر: «أنه لا حاكم سوى الله تعالى، ولا حكم إلا ما حكم به».
ويتفرع عليه أن العقل لا يحسن ولا يقبح ولا يوجب شُكْر المُنعِم، وأنه لا حكم قبل ورود الشرع[69]. ويستدعي الإسنوي الإجماع في تقديره: «أن الحاكِم حقيقةً هو الشرع إجماعًا، وإنما الخلاف في أن العقل هل هو كافٍ في معرفته أو لا»[70]. ويحمل الشاطبي حكم الشارع على المتفق عليه، لاحتمال الخطأ في المختلف فيه[71]. وهو ما قد يشير إلى شيء من الرغبة في تقييد إطلاق نسبة الأحكام الشرعية إلى الله سبحانه التي تبلورت في إطار النقاش النظري في دائرة علم الكلام.

وقد أكَّدت أكثر الحركات الإسلامية مبدأ الحاكمية بمفهومه الأشعري، وشكَّل هذا المبدأُ بهذا المفهومِ أحدَ أهم صياغاتها السياسية، دونما أدنى رغبة في النظر إلى تقييد الشاطبي أو رأي المعتزلة، أو إلى ما هو مشاهد من عمل المجتهدين والقضاة والمتشرعين في صياغة الأحكام المتغيِّرة بتغيُّر الزمان والمكان والظروف. ومن غير المقبول أن يستمرَّ تسلُّط النظر الكلامي في صياغته الأشعرية على التحليل الفقهي والتشريعي والقضائي بعد قرونٍ من دعوة الشاطبي إلى وجوب الفصل بين مسائل علم الكلام وأصول الفقه.

ويلزم بحث موضوع الحاكمية بحثًا مستقلًا يُبرز تاريخه، وصلته بالشعار

---

(٦٨) شرح التلويح عنى التوضيح للتفتازاني (١/٣٥٦).

(٦٩) الإحكام للآمدي (١/١١٩)، وشرح التلويح على التوضيح (١/٣٢٨-٢/٢٥٣).

(٧٠) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، (١/٢١٩).

(٧١) الموافقات (٢/٥٦)، حيث يقول: «وحمل كلام الشارع على المتفق عليه أوْلَى».

الذي رفعه الخوارج عقب قرار التحكيم في صفين: «لا حكم إلا لله»، وما أدى إليه هذا الشعار من نتائج سياسية، وتغيير في شكل الحكم، فضلًا عن وجوب قياس ثمرته الفقهية والقضائية والتشريعية التي يلزم الاعتراف بضحالتها فيما قد يبدو بوضوح.

(٢) بِمَ يُعرف حكم الله؟

رغم الأهمية العملية الفقهية لهذا السؤال الذي يتعلّق بكيفيات التعرف إلى الحكم الشرعي وإظهاره، فقد اكتست الإجابة عنه بالنظر الكلامي؛ ولذا ذهب الأصوليون إلى التمييز بين مرحلتين من مراحل الحياة الإنسانية: الأولى مرحلة الجهل بما جاء به الرسل، والثانية مرحلة العلم ببعثة الرسل والأحكام التي نزلت عليهم. وإليك آراءهم فيما يتعلّق بكلٍّ من هاتين المرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل بلوغ بعثة الرسل:

يختلف الأصوليون في شأن هذه المرحلة اختلافًا واسعًا، ولهم في ذلك ثلاثة اتجاهات:

أولها: أن العقل يستقلُّ في هذه المرحلة بإدراك الأحكام، بناءً على أن الأفعال توصف في ذاتها بالحسن أو القبح، وأن العقل يستطيع التمييز بين ما هو حسن وما هو قبيح منها. فالكذب والقتل والخيانة أمور قبيحة في ذاتها، والصدق والأمانة والتعاون أمور حسنة في ذاتها، ويستطيع العقل أن يدرك وجه القبح أو الحسن في كلٍّ منها ولو لم يتأيد في ذلك بشرعٍ يهديه، وهذا هو مذهب المعتزلة.

أما **الاتجاه الثاني**: فيمثّله الأشاعرة الذين يذهبون إلى أن العقل لا يستقلُّ بإدراك الأحكام، بناءً على أن الأحكام أوصافٌ شرعية للأفعال، وهي ليست في ذاتها حسنة أو قبيحة، وإنما هي كذلك بتحسين الشرع أو تقبيحه لها. وطبقًا لهذا الاتجاه، فإن الشرع هو معيار الخير والشر، ولا يكون الناس مكلّفين قبل وروده إليهم ببعثة الرسل، وهذا هو مفاد قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥].

والثالث: مذهب الماتريدية، ويذهبون مذهبًا وسطًا؛ إذ يرون أن أفعال العباد لها أوصاف ذاتية وآثار تستوجب الحكم بحسنها أو قبحها، وأن العقل بمقدوره فحص هذه الأوصاف والآثار والوصول إلى حكمٍ بحسن الفعل أو قبحه تبعًا لذلك، غير أن الأحكام التي تصل إليها عقولنا ليست نهائية، بل هي معرَّضة للخطأ؛ ولذا وجب خضوع العقل لأحكام الشرع واهتداؤه بها، كما وجبت التضحية بما يتوصل إليه العقل إذا عارضه الشرع.

وهذه الاتجاهات الثلاثة متعلِّقة بمرحلة معينة من مراحل التطوُّر الإنساني، ولا فائدة لهذا النقاش الذي احتشدت له كتب أصول الفقه جميعها، قديمًا وحديثًا؛ إلا في أمر واحد، وهو تحديد موقف الأصوليين من قضية العلاقة بين العقل والشرع في وضع نظريٍّ خاصٍّ، وذلك في مرحلة ما قبل بعثة الرسل. أما **المرحلة الأخرى** «العملية»، فهي التي تلي بعثة الرسل.

(٣) مصدرية الحكم الشرعي بعد بعثة الرسل:

استقرَّ الأصوليون جميعهم بوجه العموم على أن الشرع هو مصدر الحكم بحسن الأفعال أو قبحها، فهو منشئ الأحكام وتنسب إليه. أما العقل فلا حقَّ له في إنشاء الحكم أو إثباته، وإنما ينحصر دوره في إظهار الحكم. ومع هذا، فقد اضطروا إلى التسليم للعقل الإنساني بدوره في إدراك حسن الأفعال وقبحها، وفي الكشف عن الأحكام الشرعية عند تناولهم وظائف المجتهد والحاكم أو القاضي.

ويجب فهم هذه القاعدة التوفيقية القاضية بأن العقل مظهر للحكم لا مثبت له على ضوء المنطق الأشعري الذي يفرد للعقل مكانًا ثانويًّا، ولا يحدِّد الآليات والإجراءات الواجبة الاتباع في عمل القضاة والشارعين من الأئمَّة والفقهاء، وتقصر هذه القاعدة دور العقل على هذا النحو في الاجتهاد الذي هو بذل الجهد والطاقة للكشف عن الحكم الشرعي واستنباطه، ومهمَّة المجتهد أن يبحث عمَّا هو موجود قبلًا، لا أن ينشئ شيئًا جديدًا.

ومن هذا يتضح أن الطريق إلى معرفة الحكم الشرعي هو البحث عنه

بالاجتهاد. ورغم جاذبية هذا التصوير، وتلبيته لما يمليه المنطق الأشعري في إطلاق التشريع الإلهي وشموله، فإنه لا يفسر بالوضوح الواجب عمل المحاكم، واستناد الفقهاء والأئمَّة للمصالح وتطوُّر الأعراف، ومدى حجيتها، ومجال عمل الاستحسان والأقيسة.

ويجب تعديل هذا التصوُّر بإدراك فوقية الأُسس الشرعية المتضمنة في النصوص على ما تقدَّم وفيما أوضحه ابن سينا، كي تحكم بعد ذلك مستويات التشريع الخاص بالمجتمع أو الأمَّة، والتطبيق على الجزئيات في الأزمنة والأمكنة المختلفة.

ثانيًا: المحكوم فيه (الفعل)

يطلق أكثر علماء الأصول المحكوم فيه على الفعل الإنساني الذي تعلَّق به الحكم الشرعي؛ لأن الشارع جعل الفعل محكومًا فيه بالوجوب والتحريم، على حين يطلق بعضهم اصطلاح «المحكوم به» على هذا الفعل؛ وذلك لأن فعل المكلَّف يوصف بأنه مأمور به أو منهيٌّ عنه(٧٢). إذ يتعلَّق قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] بفعلٍ من أفعال المكلَّفين، هو الإيفاء بالعقود، فجعله واجبًا. ويتعلَّق كذلك قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] بفعلٍ من أفعال المكلَّفين، هو كتابة الدين المندوب إليه. كما أن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ﴾ [الأنعام: ١٥١] متعلِّق بفعلٍ منهيٍّ عنه من أفعال المكلَّفين، هو قتل النفس. والكراهة المستفادة من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧] تعلَّقت بفعلٍ مكروه، هو إنفاق المال الخبيث. ويتعلَّق كذلك قوله تعالى:

---

(٧٢) انظر: المستصفى (١/ ٨٦)، والتوضيح على التنقيح (٣/ ١٢٩)، وتيسير التحرير (٢/ ١٨٤)، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للكنوي (١/ ١٢٣)، وشرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، تحقيق: فايد نصيف، وطارق يحيي، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م)، (٢/ ٩)؛ والمسودة لابن تيمية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، طبعة المدني، القاهرة، ص٨٠؛ والفصول في الأصول، للجصاص، نشر وزارة الأوقاف الكويتية (١/ ٣١١)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٨٤).

﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] بواقعتي المرض والسفر للحكم فيهما بإباحة الفطر. فكلُّ حكمٍ من أحكام الشارع لا بدَّ متعلِّق بفعلٍ من أفعال المكلَّفين على جهة الطلب، أو التخيير، أو الوضع.

وبهذا لا تدخل أفعال الحيوانات في المحكوم فيه؛ لأن مقصود الشرع من أحكامه هو تنظيم حقوق الإنسان وواجباته، ولا تتعلَّق هذه الأفعال بذلك. وقد عرف التاريخ القانوني البعيد بعض المجموعات القانونية التي عمدت إلى فرض عقوباتٍ معينة على الحيوان الذي يهاجم شخصًا ويقتله، ويشير (Salmond) إلى مسلك هذه القوانين، وأنها كانت تقضي بأن الثور الذي يثبت أنه نطح شخصًا وقتله، يجب رميه بالحجارة مع تحريم الأكل من لحمه.

غير أن النظرية الأصولية الإسلامية تحصر المحكوم فيه في الفعل الإنساني منذ أول الأمر، فلا يدخل فيه فعل غيره من الحيوانات أو الجمادات؛ لأن المقصود من الأحكام الشرعية هو تنظيم العلاقات وتحديد الحقوق والواجبات للناس الذين يعيشون في المجتمع الإسلامي.

ويتضح من هذا مفهوم القاعدة الأصولية القاضية بأنه: «لا تكليف إلا بفعل»، وهذا واضح في الواجب والمندوب لاقتضائهما قيام المكلَّف بأداء فعلٍ على وجه الحتم واللزوم أو على غير هذا الوجه. أما في الحرام والمكروه فالمكلَّف به هو الترك، وهو فعل أيضًا لأنه لا يحصل إلا بكفِّ النفس عن فعله، وهذا الكفُّ فعل.

(١) شروط التكليف بالفعل:

لا يكلِّف الشارع بالفعل كفًّا أو تحصيلًا إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

(أ) **أن يكون الفعل معلومًا للمكلَّف**، فإن الشارع قد أوجب نقلَ التركة من المورث إلى وارثه وَفْقَ قواعد معينة معلومة جاء بها القرآن الكريم والسُّنة النبوية الشريفة على نحوٍ من التفصيل والوضوح تمكَّن معه فقهاء الصحابة من تطبيقه بيُسْر وسهولة في مجتمعهم الذي شهد توسعًا واختلافًا كبيرين. وكذلك

شرع القرآن الكريم الزكاةَ وبيَّنت السُّنة أنواع المال المزكَّى، ومقدار ما يؤخذ منه في الزكاة، وكيفية أخذها، وأوجه إنفاقها، والمستحقين لها على نحوٍ كفل لهذا النظام القدرة على التطبيق في الواقع دون مشكلاتٍ حادَّة. وإنما اشترط في التكليف العلم به؛ لأن قَصْدَ الشارع من التكليف هو الامتثالُ والطاعة، ولا يحصل ذلك إلا بكونه معلومًا. ويعتبر التكليف معلومًا بمجرَّد صدوره وإتاحة معرفته للناس. ولذا لا يُعذر أحد بجهل القانون إلا إذا كان في بيئة غير إسلامية، ولا يتيسَّر له التعرف إلى الأحكام الشرعية، وكان الموضوع الذي يجهله مما تختلف فيه الشرائع حسبما يأتي توضيحه فيما بعد.

(ب) **معلومية مصدر التكليف**، وأنه هو الله تعالى، فيما يتعلَّق بالأسس العامَّة المتفق عليها في القرآن الكريم والسُّنة النبوية الصحيحة، وهذا هو الأساس العام لمشروعية كلٍّ من التشريع والعمل القضائي في النظرية الأصولية الإسلامية.

ويجب أن تفهم هذه المشروعية باعتبارها إطارًا عامًّا لتثبيت أركان العدل ونفي الظلم في المجتمعات الإسلامية، حتى تحتضن الشريعة كل السياسات التي توطِّد هذه الأركان. والمعلومية المطلوبة في هذا الشرط هي اليقين، وإنما ينشأ هذا اليقين من الإيمان بالله وبنبوة رسوله، والاستدلال على ذلك بالمعجزات المؤيدة للإيمان بهذه النبوة وبما في القرآن من إعجاز وصرف الناس عن الإتيان بمثله أو بسورة من مثله.

وهذا الأساس الاعتقادي لتطبيق أحكام الشريعة هو الذي يبرِّر القول بأن قضية التطبيق الشرعي قضية اعتقادية في المقام الأول، وإن وجب كذلك ربطها باحتياجات المجتمع في التقدُّم والنهضة التشريعية، وما أجملَ عبارة ابن القيم التي تشير إلى أن السياسات العادلة من الشريعة، وأنها عدلٌ كلها ورحمة كلها[٧٣].

وبهذا فإن مشروعية الأحكام الشرعية بشقيها التكليفي والوضعي مستندةٌ إلى كلٍّ من الوحي وتحقيقها مصالح العباد في العدالة والإعمار والفلاح.

ويجب أن نتذكَّر في كل الأحوال عنوان التشريع الإسلامي وفلسفته

---

(٧٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٩م)، ص٨.

الحاكمة التي لخصتها الآية القرآنية السامية: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [النساء: ٥٨].

(ج) **إمكان الفعل المكلَّف به وقدرة المكلَّف على فعله**، والقاعدة الأصولية أنه: «لا تكليف إلا بمقدوره»، وتستند هذه القاعدة إلى قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، ويترتب على هذا الشرط الأحكام الثلاثة التالية:

أولها: انتفاء التكليف بالمستحيل عقلًا أو عادة، وذلك كإيجاب الفعل وتحريمه في وقتٍ واحدٍ أو التكليف للمجنون بفهم الخطاب الشرعي.

الثاني: انتفاء التكليف بفعل الغير فعلًا أو تركًا، فلا تكليف على أهل بلدٍ بمنع وجود سارق بينهم، كما لا يُكلَّف الأخ بألَّا يفعل أخوه شيئًا كالسرقة أو القتل، ويمتنع لهذا أن يُجازى أحد بفعل غيره، فالتكليف شخصيٌّ والعقوبة شخصيَّة، وكلُّ امرئ مسؤولٌ عن أفعاله هو لا عن أفعال غيره، طبقًا لقاعدة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰۚ﴾ [الإسراء: ١٥].

الثالث: انتفاء التكليف بالأفعال الجبليَّة الطبيعيَّة التي تصدر من الإنسان رغمًا عنه، كالحبِّ والبغض والخوف والغضب. ولذا فإن الجندي لا يُكلَّف بعدم الخوف، ولكن يُكلَّف بالثبات في مواجهة العدو. ولا يُكلَّف القاضي بعدم الغضب، وإنما يُكلَّف بعدم الحكم في أثنائه، وهذا هو ما جاء في قوله ﷺ: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»، وقوله ﷺ: «لا تغضب» محمولٌ على البُعْد عن أسباب الغضب، أما الغضب فهو عاطفة طبيعية لا طاقة للإنسان على استبعادها، وكان ﷺ يقسم بين نسائه في المبيت والنفقة والمعاملة قائلًا: «هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك»، وهذا الذي لا يملكه هو الميل القلبي والحب.

(٢) التكليف بالمشاق:

جاءت الشريعة برفعِ الحرج ونفي العسر، لا بنفي المشقَّة؛ إذ لا يخلو التكليف عن المشاق فيما يدلُّ عليه مصطلح التكليف نفسه، الذي يعني طلب

القيام بما فيه كلفة أو مشقَّة، ففي الصوم والحج مشقَّة لا تخفى، وفي إخراج الزكاة مشقَّة تتمثَّل في التنازل عن شيءٍ من المال للغير، وإحصاء المال المزكَّى والتحري عن المستحقين مما يتطلب جهدًا وعملًا.

غير أنه يجب الالتفات إلى أن هذه المشاق ليست مقصودةً للشارع، وإنما مقصوده هو النتيجة المترتبة على الفعل نفسه، فمنفعة مستحقي الزكاة وتوزيع الثروة في المجتمع وضمان حقوق الضعاف فيه هو المقصود للشارع، ويشبه الأمر في ذلك عمل الطبيب فإنه يقصد إلى معالجة المرض، ويترتب على تدخله الجراحي شيء من الألم، لكنه لا يدخل في قصده.

وتنقسم المشقَّة إلى نوعين:

أولهما: المشقَّة المعتادة التي لا تنفكُّ عن التكليف ولا تهدِّد المكلَّف في مصلحة من المصالح المعتبرة، كالصحَّة والعرض والعقل والشرف، وهذه لا تستوجب رفع التكليف.

والثاني: المشقَّة الزائدة عن المعتاد، وهي التي يعلم أو يظنُّ تطرق الضرر بسببٍ منها إلى المكلَّف في نفسه أو جسمه أو عقله أو عدم قدرته على استيفاء العمل معها؛ ولذا نهى النبي ﷺ عن الصلاة بحضرة الطعام، وعدم الحكم في قضية عند الغضب، وذلك في قوله: «لا يقضي القاضي وهو غضبان». ومنه إباحة أكل الميتة للمضطر، وإباحة الفطر للمسافر والمريض، ومنه كذلك قضاء الصحابة بتضمين الصنَّاع على الرغم من أنهم أمناء على المال، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي. غير أن عدم تضمينهم قد أدى إلى جرأة البعض على أموال الناس وإهمالهم في حفظها، ويؤدي ذلك إلى مشقَّة بالغة؛ لأن الناس تضطر إلى التعامل معهم، ولا يستطيع كل واحد أن يلمَّ بالصناعات التي يحتاجها، فلزم القول بتضمينهم رفعًا لهذه المشقَّة، وأصل رفع الحرج والمشقَّة من الأصول البالغة الأهمية في النظرية الأصولية الإسلامية.

ثالثًا: المحكوم به أو الحقوق

(١) تقديم:

تقدَّمت الإشارة إلى رأي بعض الأصوليين في أن أهمَّ وظائف الأحكام الشرعية إثباتُ الحقوق. وقد تبلور لديهم منذ أمد بعيد هذا الإطار الشامل الذي يجمع الحقوق التي تثبتها هذه الأحكام باعتماد تقسيم هذه الحقوق تقسيمًا رباعيًّا، يحيط بجميع أنواعها بالنظر إلى الاحتمالات المنطقية.

ولعلَّ منشأ هذا التقسيم حديث معاذ بن جبل عن النبيِّ ﷺ من قوله: «يا معاذ، هل تدري ما حقُّ الله على عباده، وما حقُّ العباد على الله؟ فيقول معاذ: الله ورسوله أعلم، فيقول النبيُّ ﷺ: حقُّ الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا، وحقُّ العباد على الله ألَّا يعذِّب من لا يشرك به شيئًا...».

وبهذا يتمايز الحقُّ عن كلٍّ من الحكم الشرعي والفعل الإنساني، من جهة تعلُّق الحكم بالفعل الإنساني نفسه بالقصد إلى إثبات حقٍّ من الحقوق المتنوِّعة الراجعة إلى مصالح الفرد أو المجتمع.

ويبدو لي أن هذا هو الأقربُ إلى مجموع ما عبَّر عنه الأصوليون. ويتسم التقسيم الأصولي - رغم أهميته - بالتجريد والعموم والإحاطة بمفردات القسمة المنطقية، ويقابله النهج الفقهي الذي يتناول أنواعًا محدَّدة من الحقوق العملية؛ كحقوق الوالدين والأبناء واليتامى والموقوف عليهم، وحقوق الزوجة والزوج والجار والأسرى والمحبوسين، والضيف، وحقوق الارتفاق، والحقوق المالية وغير المالية، والحقوق التي يستوفيها القاضي والإمام، وما إلى ذلك مما لا يمكن استيفاؤه هنا.

ويدلُّ هذا التنوع على وعي الفقهاء والأصوليين بأن أهمَّ ما تدور عليه الأحكام هو الحقوق، وهو ما استند إليه التقسم الأصولي الذي قصد الشمول والإحاطة بأنواع هذه الحقوق المتنوِّعة تنوعًا بالغ الاتساع.

وتبدو المفارقة حقًّا في إهمال الدراسات الأصولية الحديثة هذه التقسيمات الفقهية للحقوق، رغم أهمية آثارها العملية في التشريع والقضاء،

ومساوقة التقدُّم في مجالات حقوق الإنسان، وذلك في مقابل التركيز على التقسيم الأصولي الأيسر في تناوله، وفي استيعاب آثاره التي تكاد تنحصر في بيان حقِّ العبد في المطالبة به والعفو عنه أو إسقاطه، وذلك على خلاف التقسيم الفقهي الذي تتشعَّب الآثار المترتبة عليه تشعبًا تصعب الإحاطة بأنواعه إلَّا بمجهودٍ غير يسير.

ويربط العز بن عبد السلام الحقوقَ بالمصالح الفردية والاجتماعية، كما أنه يضيف إلى حقوقِ الإنسان حقوقَ الحيوان، مما دلَّت عليه النصوص كذلك[٧٤].

غير أن الاهتمام بمواثيق حقوق الإنسان على الصعيدين السياسي والقانوني في العصر الحديث قد قدَّم دافعًا إضافيًّا للانشغال بموضوع الحقوق في النظرين الفقهي والأصولي، كما قد لا يخفى عند تتبُّع المؤلفات الحديثة في هذا الموضوع، ابتداءً من إشارات رفاعة الطهطاوي الذي لم يجد صعوبةً في التعبير عمَّا أرسته الثورة الفرنسية من حقوقٍ في صياغاتٍ فقهية؛ إذ الهدف من الأحكام «حفظ حقوق الرعية بالتسوية في الأحكام والحرية، وصيانة النفس والمال والعرض على موجب أحكام شرعية، وأصول ثابتة مرعية»[٧٥]. وتقابل عنده هذه الحقوق العمومية ما يطلق عليه الحقوق المدنية أو «حقوق الرعية... التي هي في كتب الفقه عبارة عن المعاملات والأنكحة والفرائض والوصايا والحدود والجنايات والدعاوى والبينات والأقضية، فالحقوق المدنية المذكورة هي حقوق أهل العمران بعضهم على بعض؛ لحفظ أملاكهم وأموالهم ومنافعهم ونفوسهم وأعراضهم وما لهم وما عليهم محافظةً ومُدافعةً»[٧٦].

وقد تتابع على النظر في هذا الموضوع كلٌّ من عبد القادر عودة[٧٧]،

---

(٧٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١/ ٨٢).

(٧٥) مناهج الألباب المصرية في مباهج الآداب العصرية، لرفاعة الطهطاوي، تقديم: عبده إبراهيم علي، القاهرة، بيروت، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، (٢٠١٢م)، ص٤٦١.

(٧٦)

(٧٧) الإسلام وأوضاعنا السياسية لعبد القادر عودة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، (١٤٠١ هـ/ ١٩٨١م)، ص١٢-٥٠.

والمودودي[٧٨]، ومحمد الغزالي في كتابه «**حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة**» الذي صدر في الستينيات، بالاعتماد على المقارنة بين أرقام مواد هذا الإعلان والمبادئ الإسلامية، ليقرِّر سبق هذه المبادئ، وأن هذه بضاعتنا ردَّت إلينا، طبقًا لما جاء في مقدمة هذا الكتاب.

وقد تناول الموضوع نفسه كلٌّ من محمد فتحي عثمان[٧٩]، وفتحي الدريني، وجمال عطية، ومحمد عمارة[٨٠]، بالنظر إلى مفهومي الاستخلاف والقانون الطبيعي، وذلك على النحو الذي تتبعته في بحثٍ ألقيته في المؤتمر الذي عقدته جامعة زايد عام (٢٠١٣م) تحت عنوان: «**أدبيات الفقه الإسلامي**».

(٢) تقسيم الحقوق في النظر الأصولي:

تنقسم الحقوق أو المحكوم به في النظر الأصولي إلى الأنواع التالية:

النوع الأول: حقوق الله تعالى الخالصة، وهي بالنظر إلى طبيعتها ذاتها في تعريف علاء الدين عبد العزيز البخاري (ت: ٧٣٠هـ): «ما يتعلَّق به النفع العام للعالَم، فلا يختصُّ به أحد. ويُنسب إلى الله تعظيمًا أو لئلَّا يختص به أحدٌ من الجبابرة، كحُرمة البيت الذي يتعلَّق به مصلحة العالم؛ باتخاده قبلةً لصلواتهم.... وكحُرمة الزنا؛ لما يتعلَّق بها من عموم النفع في سلامة الأنساب، وصيانة الفُرُش، وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة. وإنما يُنسَب إليه تعظيمًا؛ لأنه يتعالى عن أن ينتفع بشيء، فلا يجوز أن يكون شيءٌ حقًّا له بهذا الوجه، ولا يجوز أن يكون حقًّا له بجهة التخليق؛ لأن الكلَّ سواءٌ في ذلك، بل الإضافة إليه لتشريف ما عَظُم خَطره، وقَوِي نفعه، وشاع فضله بأن ينتفع به الناس كافةً. وحقُّ العبد ما يتعلَّق به مصلحة خاصَّة كحرمة مال الغير»[٨١].

---

(٧٨) انظر: Human rights in Islam.

(٧٩) انظر كتابه: حقوق الإسلام بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى (١٩٨٢م).

(٨٠) محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان: ضرورات لا حقوق، عالم المعرفة، الكويت (١٩٨٥م).

(٨١) تيسير التحرير لأمير بادشاه (٢/ ١٧).

ويتوارد على هذا المعنى كلٌّ من سعد الدين التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، وابن أمير حاج (ت: ٨٧٩هـ)، وابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ)، وإلى هذا المعنى ذهب ابن تيمية أيضًا فقسم الحدود والحقوق قسمين: «فالقسم الأول: الحدود والحقوق التي ليست لقوم معيَّنين؛ بل منفعتها لمطلق المسلمين، أو نوعٍ منهم، وكلُّهم مُحتاجٌ إليها، وتُسمَّى حدود الله وحقوق الله، مثل: حد قطاع الطريق والسراق والزناة ونحوهم، ومثل الحكم في الأموال السلطانية، والوقوف والوصايا التي ليست لِمُعَيَّن».

وقد عرَّف صدر الشريعة حقوق الله بالنظر لطبيعتها في ذاتها، فهي كل: «ما يتعلَّق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلى الله تعالى، ولله ما في السموات وما في الأرض، وباعتبار التضرر أو الانتفاع هو متعالٍ عن الكل». ومن هذه الحقوق الزكاة والعبادات المالية الأخرى، والعقوبات على الجنايات، ومنها كذلك الحقوق المالية للدولة.

وبهذا تنتظم حقوق الله (الحقوق العامَّة) المصالح المتعلِّقة بالنظام المالي والجنائي، وإنما أضيفت هذه الحقوق فيما يذكره صدر الشريعة إلى الله تعالى لأهميتها البالغة وتعلُّقها بالمصالح العامَّة للناس، ولا تعني إضافتها إلى الله عز وجل أنه في حاجة إليها أو أنه لا تكليف بغيرها، وإنما جاءت هذه الإضافة لزيادة خطرها عن أنواع الحقوق الأخرى[(٨٢)].

لكن محمد أمين البخاري (أمير بادشاه) (ت: ٩٧٠هـ)، يعترض على هذا التعريف لعدم وضوحه، وينتقل إلى تعريف الحقِّ بالنظر إلى مستحقه، فيذهب إلى أن الأفضل «أن يُقال: حق الله ما يكون المستحق هو الله، وحق العبد ما

---

(٨٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري (، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، [د.ت]، ٤/ ١٣٤-١٣٥). وانظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٣٠٠)، والتقرير والتحبير لابن أمير حاج (٢/ ١٠٤)، وتيسير التحرير لمحمد أمين البخاري أمير بادشاه (٢/ ١٧٤-١٨١)، وفتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم، القاهرة، مطبعة البابي الحلبي، (١٩٣٦م)، (٣/ ٦٦).

يكون المستحق هو العبد»، ويوضح تميُّز تعريفه بأن حُرمة مال الغير مما يتعلَّق به النفع العام، وهو صيانة أموال الناس، مع أنها حقٌّ للعبد.

النوع الثاني: حقوق العباد، ويعرِّفها ابن نجيم بأنها: «ما يتعلَّق به مصلحة خاصَّة كحرمة مال الغير»؛ وبهذا فإن حقوق العباد حقوقٌ خاصَّة بخلاف حقوق الله التي تُعَدُّ من قبيل الحقوق العامَّة. ومن أهم حقوق العباد التي لا تقع تحت حصر، طبقًا لما يذكره صدر الشريعة: حقوق الملكيَّة، كحقِّ التصرف فيها ومنع الغير من التعرض لها أو العدوان عليها، ومنها حقُّ المرتهن (الدائن) في حبس العين المرهونة ومنع مالكها من التصرف فيها تصرفًا يضرُّ بحقوق الدائن. ومن حقوق العباد حقُّ الاختصاص بالسبق في الأماكن المباحة، كالجلوس في الأسواق، وحقوق الارتفاق، كحقِّ المرور والمسيل والري، وهناك حقوق أخرى كالحقِّ في الانتفاع بالإنتاج الذهني والنشاط الأدبي، الذي لا حقَّ لأحدٍ في التصرف فيه دون إذن صاحبه، ومن حقوق العباد الحقوق الأسرية للفرد في الزواج والولاية والإنفاق عليه من أقربائه الموسرين إن كان فقيرًا وتولية مصالحه إن كان غير راشد.
ويطلق الفقهاء هذا الحقَّ بمعنى «ما يستحقه الرجل»، مما يشمل كلًّا من الحقوق المالية وغير المالية، كالحقِّ في تأجيل الثمن الحال، وحوالة الدين، وتنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد، وعلى الأرزاق التي تُمنَح للقضاة والفقهاء وغيرهم من بيت مال المسلمين، وعلى الحقوق المجرَّدة مثل حق التملُّك، وحق الخيار للبائع أو للمشتري، وحق الطلاق للزوج وغيره[٨٣].

النوع الثالث: ما اجتمع فيه حقُّ الله وحقُّ العبد وحقُّ العبد غالب، كحقِّ القصاص ففيه حقُّ الله لتعلُّق القصاص بالمصلحة العامَّة في حفظ حياة الناس وإشاعة الأمن بينهم، غير أن القصاص متعلِّق بحقِّ العبد كذلك لمعاناة أولياء المقتول أكثر من غيرهم؛ ولذا منح الشارع أولياء المجني عليه الحقَّ في المطالبة بالقصاص والعفو عن القاتل، فإن عفوا لم يكن للقاضي أن يوقع القصاص، وإن كان له أن يفرض العقوبة الأخفَّ منها.

---

(٨٣) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثالثة (١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م)، (١٨/ ١٠).

ومن الواضح أن الفقهاء والأصوليين يبدؤون تحليلهم لطبيعة الحقِّ المعتدى عليه في الجناية الموجبة للقصاص من لحظ مسلك الشارع في إعطاء الأولياء حق العفو؛ ولذا انتهوا إلى الحكم بترجيح حق العبد وتغليبه في جرائم القصاص.

ويختلف هذا التحليل مع النظرة القانونية الحديثة التي تنظر إلى الجرائم على النفس باعتبارها عدوانًا على الحقوق العامَّة؛ ولذا فإن القصاص من الجاني حقُّ المجتمع، ولا يملك أولياء المقتول حقَّ العفو عن الجاني، وإن أعطت القوانين الحديثة هذا الحقَّ في العفو إلى جهةٍ من جهات السلطة التنفيذية، كرئاسة الجمهورية أو أعلى سلطة في الولاية أو الإقليم.

وقد انتقد البعض موقف الفقهاء المسلمين في تغليب حقِّ العبد في القصاص، ورتب هذا البعض نتيجةً تبدو منطقية، هي أن الفقهاء المسلمين ما داموا يغلبون حقَّ العبد في القصاص فإنهم بهذا يعتبرون القصاص من الجرائم الخاصَّة، ويقترب مفهوم القصاص عندهم بهذا من مرحلة الثأر، ولا يختلف عنه إلا في مراعاة إجراء العدالة والتناسب بين الجريمة والعقوبة (نفس بنفس).

والذي يبدو لي أن تصنيف موقف الفقهاء المسلمين وفهمه على هذا النحو أمرٌ يفتقر إلى الدقَّة من الناحيتين النظرية والعملية، وترد عليه من الوجهة النظرية الملاحظات التالية:

- يصلح لحظ معنى العفو عن القصاص من الجاني أن يكون هو معيار تصنيف طبيعة الحق المعتدى عليه في الجرائم البدنية، وينبغي أن يعالج موضوع العفو في إطار القصد إلى تقليل حالات العقاب بالقتل، وهو اتجاه تسعى إليه النُّظم القانونية المختلفة.

- يغفل الحكم باعتبار القصاص من موضوعات العدالة الخاصَّة لدى الفقهاء المسلمين أمرًا على قدر من الأهمية، هو أن العفو عن القصاص لا يمنع القاضي من الحكم بالعقوبة الدنيا أو الأخف، وهي العقوبة التعزيرية، فهذا من سلطة القاضي، ومعناه أن العقوبة بالقصاص لا يحكم بها إلا إذا لم يمارس أولياء القتيل حقَّهم في العفو عن الجاني، وهذا الحق في فرض العقوبة

التعزيرية عند صدور العفو يعكس وجود الحق العام في الجنايات البدنية في التصوُّر الفقهي.

- ليس في الفقه الإسلامي ما يمنع من إعطاء الحق في رفع الدعوى الجنائية في الجنايات البدنية لسلطة عامَّة في المجتمع.

- لا تصور آيات القرآن الكريم جرائم القتل باعتبارها عدوانًا على فرد أو أفراد أو مجتمع واحد، وإنما تصور هذه الجريمة بحسبانها عدوانًا على الحياة الإنسانية كلِّها، وهذا هو ما نجده في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

وتشير أحكام القضاء في الفترة العثمانية إلى أن المحاكم لم تكن تتردَّد في الحكم بالقصاص رغم عفو الأولياء إذا اقتضت المصلحة ذلك، كأن يخشى القاضي صدور العفو بسطوة القاتل أو عصبته، أو اقترن القتل بظرف مشدد كالسرقة أو الغيلة.

ولهذا يجب إعادة تقدير موقف الفقهاء من تحديد طبيعة الحقِّ المعتدى عليه في القصاص تقديرًا مختلفًا؛ إذ إنه عدوان في تقديرهم على الحقين العام والخاص، وإن كان العدوان على الحقِّ الخاص أغلبَ في نظرهم بدليل إسناد الحقِّ في العفو إلى أولياء القتيل، غير أن كون الحقِّ الخاص أغلبَ لا ينفي الحقَّ العام؛ ولذا لا يترتب على العفو منع القاضي من الحكم بالعقوبة التعزيرية، والأمر بحاجة إلى معالجة خاصَّة.

وقد تمكَّن قانون القصاص الباكستاني - في أهم إنجازاته - من رعاية الحقين العام والخاص باقتدارٍ واضح؛ وذلك أنه اشترط لتأثير العفو في إسقاط عقوبة القصاص سبق اعتراف القاتل بجريمة القتل قبل بدء المحاكمة، بالإضافة إلى إيجابه العقاب بحبس القاتل سبع سنين على الأقل، وإنما أضاف القانون ذلك بعد إفلات القاتل من العقاب بالصلح مع أقارب القتيل في قضيتين شهيرتين أثارتا الرأي العام، وهما: قضية ريموند ألن ديفيس موظف المخابرات المركزية الأمريكية الذي قتل شخصين من لاهور وأفلت من إيقاع القصاص به بعد أن دفع أكثر من مليوني دولار لأقرباء القتيلين، والأخرى قضية الطالب

شاهزيب خان الذي قتله شابان من أسرة قوية، استغلّت نفوذها في تهديد أقارب القتيل حتى عفوا عن القتيلين.

النوع الرابع: ما اجتمع فيه الحقّان وحقُّ الله غالب، من ذلك القذف، وهو عبارة عن الاتهام بارتكاب جريمة الزنا من دون إثبات لها، والحقُّ المعتدى عليه في جريمة القذف هو حقُّ الفرد في صون سمعته وشرفه من التهجُّم عليه، ويتعلَّق هذا الحقُّ بالمجني عليه، فهو حقٌّ فرديٌّ من هذا الوجه، كما يتعلَّق أيضًا بالمجتمع كلِّه وصيانة أعراض أفراده ومنع النزاع والفساد فيه، وهذا الوجه أغلب في تقدير الأحناف؛ ولذا لا تسقط العقوبة الحديَّة (ثمانون جلدةً) بعفو المقذوف عن القاذف، خلافًا للشافعية الذين يرون تغليب العدوان على الحقوق الفردية في هذه الجريمة.

ويدلُّ هذا التقسيم للحقوق على الأمور التالية:

(أ) الهدف من الأحكام الشرعية هو تنظيم الحقوق المتعلِّقة بالفرد أو الجماعة، وبهذا فإن مقاصد الأحكام الشرعية هي إثبات الحقوق. وقد عرَّف بعض الأصوليين الحقَّ بأنه «حكم يثبت»، وحقُّ الله في تقدير القرافي هو أمره ونهيه[٨٤]، أي نفس الخطاب التكليفي.

(ب) يرتبط الحقُّ بالمصلحة المعتبرة شرعًا ويحميها، وهو وسيلة إلى تحصيلها، فحقوق العباد متعلِّقة بالمصالح الخاصَّة بهم، ولا تتساوى الحقوق بالمصالح، ولكن المرحوم محمد يوسف موسى قد ساوى بين الحقِّ والمصلحة، ولا تصحُّ هذه التسوية؛ لأن المصلحة غاية والاعتراف بالحقِّ هو الوسيلة التي اتخذها الشارع لتحقيق هذه الغاية.

(ج) لا يلزم تعلُّق المصلحة التي يحميها الحقُّ بصاحب الحقِّ نفسه، فحقُّ الأُمِّ في حضانة الصغير وحقُّ الأب في الولاية عليه مراعى فيهما مصلحة الصغير في المقام الأول. ومع ذلك، فإن الأغلب تعلُّق المصلحة المتعلِّقة بالحقِّ بصاحب الحقِّ نفسه.

---

(٨٤) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، (١/ ١٤١-١٤٢).

(د) التقسيم الرباعي للحقوق إلى حقوقٍ خالصة لله وحقوقٍ خالصة للعباد وحقوقٍ مشتركة بينهما وحقُّ الله أغلب وحقوقٍ مشتركة بينهما وحقُّ العباد أغلب تقسيمٌ يستقصي الجوانب المنطقية للحقِّ أكثر من أن يكون تقسيمًا فنيًّا؛ إذ تقلُّ الحقوق الواردة في القسمين الأخيرين، بل تنحصر حقوق هذين القسمين في عددٍ محدودٍ من الأمثلة التي جرى علماء الأصول على ترديدها ونقلها من كتابٍ لآخر، ويدور الخلاف حول بعضها؛ ولهذا يمكن أن يكتفى بتقسيم الحقوق إلى نوعين اثنين: أولهما حقوق الله، والآخر حقوق العباد.

(هـ) على الرغم من تمييز الفقهاء بين حقوق الله وحقوق العباد، فقد نصوا على أنه ما من حقٍّ لله إلا وفيه حقٌّ للعباد وما من حقٍّ للعباد إلا وفيه حقٌّ لله عزَّ وجلَّ، وبهذا فإن السلطة التي يخولها الحقُّ للفردِ ليست مطلقةً وتتقيَّد بالمصلحة العامَّة للمجتمع من جهة، كما تتقيَّد بحقوق الغير. وبهذا فإن حقَّ الملكية ليس مطلقًا، ولا يحقُّ للمالك التصرف في ملكه على نحوٍ يضر بغيره أو يؤذي جاره، وهذا هو جوهر نظرية التعسُّف في استعمال الحقِّ التي أقرها الفقه الإسلامي بوضوحٍ كامل.

وإذ ينحصر التكليف في الإنسان كما تقدَّم، فلا مجال لأن يُكلَّف غيره من الحيوانات والجمادات؛ لأن المقصود من التكليف الطاعة وأداء المكلَّف به ولا يحصل ذلك من غير الإنسان.

رابعًا: المحكوم عليه أو المكلَّف

يطلق الأصوليون «المحكوم عليه» بمعناه العامِّ على المكلَّف «الذي تعلَّق الخطابِ بفعله»[٨٥] بكونه أهلًا لفهم هذا الخطاب، كما يطلقونه كذلك بمعناه الخاصِّ على مَنْ صدر في حقِّه حكمٌ لازم بإفتاء أو قضاء. فعند الجصاص أن: «اتفاق أهل العِلم على لزوم العمل للمُستفتي بما يُخبر به المُفتي من حكمِ الحادثة، وعلى أن على المحكوم عليه التزامَ حكمِ الحاكمِ إذا حكم عليه

(٨٥) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٢٣٧)، وتيسير التحرير لأمير بادشاه (١/ ٤٠).

بحكم»[86]؛ وإنما لزم ذلك لما يترتَّب على المخالفة - فيما يوضحه القرافي - «من مفسدةٍ مشاقَّةِ الحكَّام وانخرام النظام وتشويشِ نفوذ المصالح»[87]. والمحكوم عليه بهذا المعنى «أعمُّ من المدَّعي والمُدَّعَى عليه، والمتبادَر للذهنِ هو المدَّعى عليه»[88]. ويوضِّح العز بن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ) جواز الحكم والشهادة على المحكوم عليه بما قد يضره لضرورات إقامة حقوق الله وحقوق العباد[89].

ويلزم الالتفات إلى أن البحث الأصولي في المحكوم عليه بمعناه العام قد اشتمل على موضوعاتٍ حقوقية لا غنى عنها في النظر القانوني، وأخرى لا صلة لها بهذه الموضوعات، مما يجب استبعاده؛ ففي إحكام الآمدي حصرٌ للمسائل التي يتناولها الأصوليون في موضوع المحكوم عليه، بما يشمل كلًّا من التكليف بالمعدوم، وتكليف الحائض والنفساء، وأن المكلَّف بالفعل أو بالترك هل يعلم كونه مكلفًا بأيٍّ منهما قبل التمكُّن من الامتثال أم لا[90].

وأهمُّ ما تناوله الأصوليون مما اشترطوه في المكلَّف لتكليفه بالأحكام الشرعية ما يلي:

(١) العقل والتمييز:

وعبارة الغزالي في هذا: «وشرطه أن يكون عاقلًا يفهم الخطاب، فلا يصحُّ خطاب المجنون والصبي الذي لا يميز؛ لأن التكليف مقتضاه الطاعةُ والامتثال، ولا يمكن ذلك إلا بقصد الامتثال، وشرطُ القصدِ العلمُ بالمقصود، والفهم للتكليف؛ فكلُّ خطابٍ متضمنٌ للأمر بالفهم، فمن لا يفهم كيف يقال له: افهم، ومن لا يسمع الصوت كالجماد كيف يُكلَّم، وإن سمع الصوت كالبهيمة ولكنه لا يفهم.... فإن قيل: فقد وجبت الزكاة والغرامات والنفقات على الصبيان، قلنا: ليس ذلك من التكليف في شيء؛ إذ يستحيل التكليف بفعل

---

(٨٦) الفصول في الأصول للجصاص (٣/ ٨٨).

(٨٧) الفروق للقرافي (٧/ ١٥٤).

(٨٨) نفسه (٧/ ٣١٧).

(٨٩) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١/ ٩٨).

(٩٠) الإحكام للآمدي (١/ ٢٠٠) وما بعدها.

الغير، وتجب الدية على العاقلة، لا بمعنى أنهم مكلَّفون بفعل الغير، ولكن بمعنى أن فعل الغير سببٌ لثبوت الغرم في ذمتهم، فكذلك الإتلاف، وملك النصاب سببٌ لثبوت هذه الحقوق في ذمَّة الصبيان، بمعنى أنه سببٌ لخطاب الوليِّ بالأداء في الحال، وسببٌ لخطاب الصبي بعد البلوغ وذلك غير محال، إنما المحال أن يقال لمن لا يفهم: افهم، وأن يخاطب من لا يسمع ولا يعقل. وأما أهليَّة ثبوت الأحكام في الذمَّة فمستفاد من الإنسانية التي بها يستعدُّ لقبول قوة العقل الذي به فهم التكليف في ثاني الحال، حتى إن البهيمة لما لم تكن لها أهليَّة فهم الخطاب بالفعل ولا بالقوة لم تتهيَّأ لإضافة الحكم إلى ذمتها. والشرط لا بدَّ أن يكون حاصلًا أو ممكنًا أن يحصل على القرب، فيقال إنه موجود بالقوة، كما أن شرط المالكية الإنسانية، وشرط الإنسانية الحياة، والنطفة في الرحم قد يثبت لها الملك بالإرث والوصية، والحياة غير موجودة بالفعل، ولكنها بالقوة؛ إذ مصيرها إلى الحياة، فكذلك الصبي مصيره إلى العقل، فصلح لإضافة الحكم إلى ذمته ولم يصلح للتكليف في الحال. فإن قيل: فالصبي المميز مأمور بالصلاة، قلنا: مأمور من جهة الوليِّ، والوليُّ مأمور من جهة الله تعالى؛ إذ قال ﷺ: «مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر»؛ وذلك لأنه يفهم خطاب الوليِّ ويخاف ضربه، فصار أهلًا له، ولا يفهم خطاب الشارع؛ إذ لا يعرف الشارع ولا يخاف عقابه؛ إذ لا يفهم الآخرة. فإن قيل: فإذا قارب البلوغ عقل ولم يكلفه الشرع، أفيدل ذلك على نقصان عقله؟ قلنا: قال القاضي أبو بكر (رحمه الله): ذلك يدلُّ عليه. وليس يتجه ذلك؛ لأن انفصال النطفة منه لا يزيده عقلًا، لكن حطَّ الخطاب عنه تخفيفًا؛ لأن العقل خفيٌّ، وإنما يظهر فيه على التدريج، فلا يمكن الوقوف بغتةً على الحدِّ الذي يفهم به خطاب الشرع، ويعرف المرسل والرسول والآخرة، فنصب الشرع له علامة ظاهرة»[٩١].

ومن هذا يتضح أن نفي تكليف المجنون والصبي لا يعني انتفاء الآثار القانونية المترتبة على أفعالهما، فمن أتلف منهما مالًا لغيره بقصدٍ أو إهمالٍ وجب الضمان عليه في ماله، لكنَّ وليَّه هو الذي يخاطب بأداء ما وجب عليه، ويؤدبان على ما

---

(٩١) المستصفى (١/ ٦٧).

يفعلانه مما يلحق الضرر بالغير. لكن لا عقوبة عليهما فيما يرتكبانه من جرائم لانتفاء التكليف، وإنما وجب الضمان على الصبي والمجنون؛ لأن الضمان من خطاب الوضع، وهو ثابت في حقهما بوصف الإنسانية، بخلاف العقوبة فإنها متعلِّقة بارتكاب المحرم، وهو حكم تكليفيٌّ ولا تكليف في حقهما.

(٢) حرية الاختيار:

يشترط كثير من الأصوليين تحقُّق حرية الاختيار للمكلَّف ليصح تكليفه، والمعتزلة من أنصار هذا الاتجاه، وتعني حرية الاختيار القدرة على الامتثال للتكليف، وعندهم أن المكلَّف إذا لم يكن قادرًا على الامتثال والإتيان بالمكلَّف به فلا معنى للتكليف عندئذ، وهذا ما رجَّحه الآمدي[٩٢].

ويخالف الغزالي في اشتراط هذا الشرط، على النحو الذي يظهر في مسألة تكليف المُكره، فقد ذهب الغزالي إلى أن فعل المُكره يجوز أن يدخل تحت التكليف؛ لأنه يفهم، بخلاف فعل المجنون والبهيمة، وفعله كذلك في حيز الإمكان إذ يقدر على تحقيقه وتركه، فإن أُكره على أن يقتل جاز أن يُكلَّف بترك القتل؛ لأنه قادر عليه وإن كان فيه خوف الهلاك، وإن كُلِّف على وفق الإكراه فهو أيضًا ممكن... وقالت المعتزلة: إن ذلك محالٌ؛ لأنه لا يصحُّ منه إلا فعل ما أكره عليه، فلا يبقى له خيرة. وهذا محال؛ لأنه قادر على تركه؛ ولذلك يجب عليه ترك ما أُكره عليه إذا أُكره على قتل مسلم[٩٣]. وسيأتي توضيحه فيما بعد عند الحديث عن عوارض الأهليَّة.

(٣) الخضوع لولاية الدولة الإسلامية:

وإنما يستنبط هذا الشرط مما ذكره الأحناف في الحكم على من ارتكب جريمةً خارج الدولة الإسلامية بأنه لا يعاقب على هذه الجريمة حتى وإن عاد بعدها إلى دار الإسلام.

---

(٩٢) الإحكام للآمدي (١/ ٢٠٤).

(٩٣) المستصفى (١/ ٧٢).

وبهذا يشترط لترتيب العقوبة ولتوجُّه الخطاب الجنائي خضوع المكلَّف لولاية الدولة الإسلامية. وانتفاء المسؤولية أو العقوبة على المسلم خارج ولاية الدولة الإسلامية لا يعني نفي تكليفه بسائر التكليفات الشرعية.

وهكذا فإن هذا الشرط شرطٌ خاصٌّ بالتكليف في مجال العقوبات والجنايات دون غيرها، وهذا هو مذهب الأحناف، أما الجمهور فإنهم لا يشترطون هذا الشرط للتكليف، لا في الجنايات ولا في أي مجال آخر، ورأيهم أن المسلم يعاقب على ما يرتكبه من جرائم داخل الدولة الإسلامية أو خارجها عند عودته إليها؛ لأنه في ولاية الدولة الإسلامية حكمًا، وإنما استحقَّ العقوبة عند عودته إليها لأن الدولة لا تملك أن تلاحقه خارج حدودها. فإذا توافرت هذه الشروط وانتفت الموانع تحقَّقت أهليَّة المكلَّف، على النحو الذي نعرضه في المبحث التالي.

المبحث الرابع: الأهليَّة (Legal Capacity)

(١) تقديم:

الأهليَّة في اللغة بمعنى الصلاحية، يقال: فلان أهل لهذا العمل أي صالح لأدائه. وهي في الاصطلاح: الصلاحية لاكتساب الحقوق بمباشرة التصرفات القانونية الموجبة لهذه الحقوق، وتحمُّل الالتزامات في الذمَّة على الوجه الذي يوجبه الشرع.

وإنما يرد هذا المصطلح في سياقاتٍ فقهية متنوِّعة تتعلَّق بتحديد الحقوق التي أوجبها لهم الشرع منذ بداية تكوينهم في الميراث والنَّسَب، وبتحديد قدراتهم في تعديل حقوقهم وواجباتهم بالنظر إلى فهمهم لأفعالهم الصادرة عنهم، ونتائج هذه الأفعال، مما يتضح في مجالات العقود والأحوال الشخصية، والعقوبات، والسير، أو العلاقات الدولية. فالشخص الذي لا يتمتَّع بالأهليَّة لا حقَّ له في التعاقد بنفسه، ولا في توكيل غيره، ولا في التوقيع على ما يفيد الموافقة على إجراء جراحة لنفسه أو غيره.

وليست أهليَّة الشخص صفةً ثابتةً فيه، بل تتغيَّر مراتب هذه الأهليَّة ودرجاتها تبعًا لتقدُّم نموه واكتمال نضج قدراته العقلية، لكنها تعود فتنحدر بانحدار هذه القدرات، أو لمصلحة مالية، كما لو أصبح الرشيد سفيهًا أو العاقل معتوهًا لكبر سنٍّ أو اكتئاب أو جنون أصابه، وينيب الشرع في الظروف التي تختلُّ فيها هذه القدرات الأوصياء والأولياء للقيام بمصالح من لا يخولهم الشرع القيام بهذه المصالح لخللٍ في هذه القدرات.

وتتغيَّر شروط الأهليَّة كذلك بالنظر إلى التصرف الذي يقوم به الشخص؛ فيمكن للشخص أن تتوافر فيه أهليَّة إبرام عقود المعاوضات بما لا غبن فيه دون

ما فيه غبن منها أو تبرع، وبهذا فإن موضوع الأهليَّة بالغ التشعُّب في الأبواب الفقهية والتصرفات القانونية، مما استوجب العناية به في المؤلفات الأصولية منذ الفترة الباكرة. ففي كشف الأسرار أن: «أهليَّة الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه، وهي في لسان الشرع عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أخبر الله تعالى بحمل الإنسان إيَّاها بقوله: ﴿وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ﴾ [الأحزاب: ٧٢]»[٩٤].

وبهذا فإن الأهليَّة وصفٌ يسبغه الشرع، لتحديد الحقوق التي يكتسبها الأشخاص، والواجبات التي يتعيَّن عليهم أداؤها، تحقيقًا للمصالح التي أراد حمايتها، ودفعًا للمفاسد التي أراد تجنُّبها.

وتتدرج الأهليَّة في التصوُّر الفقهي في مراتب تبدأ من أهليَّة الوجوب لإسباغ الحماية على الإنسان بإكسابه الحقوق التي يحتاجها منذ لحظات تكوينه الأولى، وتترقى تدريجيًّا حتى تصل إلى أهليَّة الأداء الكاملة التي يتمكَّن بها الإنسان من إبرام عقود المعاوضات والتبرعات على ما يأتي توضيحه. ولا تتجاهل النُّظم القانونية موضوع الأهليَّة، ويفرد له القانون المدني المصري - على سبيل المثال - المواد (٤٤-٤٨) لتناول أحكامه، مع الإشارة كذلك إلى قانون الولاية والوصاية، وفيما يلي نصوص هذه المواد:

المادة (٤٤): (١) كل شخص بلغ سنَّ الرشد متمتعًا بقواه العقلية، ولم يُحجر عليه، يكون كامل الأهليَّة لمباشرة حقوقه المدنية. (٢) وسنُّ الرشد هي إحدى وعشرون سنةً ميلادية كاملة.

المادة (٤٥): (١) لا يكون أهلًا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغرٍ في السنِّ أو عته أو جنون. (٢) وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدًا للتمييز.

المادة (٤٦): كل من بلغ سنَّ التمييز ولم يبلغ سنَّ الرشد، وكل من بلغ سنَّ الرشد وكان سفيهًا أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهليَّة وفقًا لما يقرِّره القانون.

---

(٩٤) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري (٤/ ٣٣٥)، وشرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٣٣٦).

المادة (٤٧): يخضع فاقدو الأهليَّة وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقًا للقواعد المقرَّرة في القانون.

المادة (٤٨): ليس لأحدٍ النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها.

وقد يشير تنظيم القوانين المدنية لموضوع الأهليَّة إلى أن إدراج هذا الموضوع في الفقه أولى من إلحاقه بعلم الأصول؛ لتنوُّع أحكام الأهليَّة والوصاية في البلاد العربية والإسلامية، مما ينبغي أن يكون محلَّ دراسة خاصَّة، وقبول الفقه لهذا التنوُّع والتطوُّر.

ومع ذلك، فإن امتدادات هذا الموضوع في الفروع القانونية المختلفة، وخاصة الجنائي والدولي والتجاري، مما قد يسوغ تناوله في علم الأصول. ويتسع البحث في هذا العلم للأسس التي يقوم عليها موضوع الأهليَّة، وللتفريق بين أقسامها لارتباطه بحقوق ومصالح بعض الفئات التي أولتها النصوص الشرعية عناية خاصَّة[٩٥]، كالمجانين وضعاف العقول والصغار والنساء على نحوٍ كان له أثره في تطوير النظر التشريعي لا في النظام الإسلامي وحده، بل وفي النُّظم العالمية كذلك، فيما يكشف عنه (John Griage) صاحب كتاب (The Guilty Mind: Psychiatry).

ويكفي أن أشير هنا إلى ما كانت عليه أهليَّة المرأة في القانون الإنجليزي الذي درج على تقييد حقوق المرأة المتزوجة بقيود متنوِّعة في الملكيَّة والتعاقد والإقامة، على نحوٍ يجعلها تابعةً لزوجها في هذه التصرفات، حتى أُلغي عام (١٩٧٣م) بقانون الإجراءات المتعلِّقة بالإقامة والزواج (Domicile and Matrimonial Proceedings Act)، وقد كانت الرغبة في تحرير المرأة من هذه القيود هي التي سيطرت على المشرِّعين والقانونيين الغربيين بوجه الإجمال، فيما تبنوه من حلولٍ أوقعت بعض الظلم المالي بالرجل[٩٦].

---

(٩٥) راجع آيات سورة النساء المتعلِّقة بحقوق اليتامى والسفهاء والراشدين.

(٩٦) الإشارة هنا إلى الأحكام المختصَّة بمقاسمة الزوجة الساعية إلى التفريق في الأموال التي اكتسبها زوجها قبل الزواج منها، وعدم قدرته على التصرف فيها بعد زواجه منها إلا بموافقتها، رغم أنها لم تشترك من أيِّ وجه في اكتسابه إيَّاها.

ويجدر الالتفات في هذه المقدمة كذلك إلى أن القوانين العربية في مجملها قد التزمت في تناولها للأهليَّة بالإطار العام الذي انتهى إليه التفكير الأصولي، والذي يقوم على التفريق بين نوعي الأهليَّة: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء، وهو الإطار الذي سنسير عليه في تناول هذا الموضوع هنا.

(٢) أهليَّة الوجوب:

تعني أهلية الوجوب الصلاحية لاكتساب الحقوق المشروعة للشخص وعليه، أو هي «الصلاحية للحكم؛ فمَنْ كان أهلًا لحكم الوجوب بوجه كان هو أهلًا للوجوب، ومَنْ لا فلا»[٩٧].

فأهلية الوجوب تثبت بها الحقوق والالتزامات في الذمَّة، ولا تنشأ هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمَّة صالحة لكونها محلًّا للوجوب، فإن المحلَّ هو الذمَّة؛ ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال؛ ولهذا اختصَّ بها الآدمي دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمَّة صالحة[٩٨].

والذمَّة في اللغة العهد، طبقًا لما أشار إليه السرخسي، وهي بهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠]، وفي قوله ﷺ: «وإن أرادوكم أن تعطوهم ذمَّة الله فلا تعطوهم»، ومنه يقال: أهل الذمَّة للمعاهدين، والمراد بهذا العهد ما أشار الله تعالى إليه في قوله: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ١٧٢].

ولمَّا كانت الذمَّة في اصطلاح الأصوليين والفقهاء عبارة عمَّا يصير به الإنسان أهلًا لما يثبت له أو عليه، فيمكن القول بأنهم يتصورون الذمَّة بمنزلة ظرف أو وعاء يشتمل على مجموع ما للإنسان من حقوقٍ وما عليه من واجبات. وهي تثبت للإنسان طبقًا لهذا التصوُّر مدى حياته ولا تنفكُّ عنه مدَّة وجوده.

---

(٩٧) كشف الأسرار (٤/ ٣٣٥).

(٩٨) أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م)، (٢/ ٣٣٣).

وهذه الأهليَّة مناطها الإنسانيَّة، وتتعلَّق بها؛ إذ تثبت للإنسان بمجرَّد وجوده في الرحِم وقبل الولادة. ولذا يثبت له الحقُّ في ميراث مَن يموت من أقاربه إذا تحقَّقنا من وجوده عند موتِ قريبه، وإنما يظهر ذلك إذا وُلِدَ حيًّا قبل مضيِّ أقصى مدَّة الحمل من تاريخ الوفاة. وقد اختلف الفقهاء في أقصى مدَّة الحمل، غير أن القانون المصري قد قضى بأنه لا تُسمع دعوى الميراث إذا جاء الولد لأكثر من سَنة شمسيَّة من تاريخ وفاة المورث، وذلك إذا كانت الأمُّ التي أتت به معتدَّةً من وفاة أو فرقةٍ بائنة. أما إذا كانت الأمُّ التي أتت به متزوجةً وهي في عصمة زوجها، فالشرط لسماع الدعوى أن تكون ولادته في خلال سبعين ومائتي يومٍ من تاريخ الوفاة؛ لأنها إذا ولدته بعد ذلك، والزوجيَّة قائمة، فالاحتمال أن يكوِن العلوق قد حدث بعد الوفاة، فلا يتحقَّق من وجود الوارث عند وفاة المورث، وهو الشرط في استحقاق الميراث. ويدلُّ هذا على استحقاق الجنين نصيبًا في الميراث قبل ولادته، متى تأكَّدنا من وجوده عند وفاة مورثه وانفصل عن أمِّه حيًّا، وإنما استحقَّ نصيبه هذا بمقتضى ثبوت أهليَّة الوجوب له التي تثبت بمجرَّد الإنسانيَّة.

ومصدرُ اكتساب هذه الأهليَّة الشرعُ، ولا دخل للإرادة الإنسانيَّة في اكتسابها؛ ولهذا لا حقَّ له في التخلِّي عنها أو تعديل أحكامها.

أقسام أهليَّة الوجوب:

تنقسم أهليَّة الوجوب إلى قسمين:

أولهما: أهليَّة الوجوب الناقصة، وهي التي تثبت للإنسان قبل ولادته، وإنما كانت ناقصةً لأنها لا تثبت سوى الحقوق، أما الواجبات فلا تلزمه. وتثبت له بهذه الأهليَّة الناقصة التبرعات والوصية بموافقة وليِّه، والميراث كذلك؛ ولكن لا تجب عليه النفقات، ولا تحمُّل الدية مع العاقلة، ولا الزكاة فيما يحجز له من أموال.

والثاني: أهليَّة الوجوب الكاملة، وهي التي تثبت بها الحقوق والواجبات معًا، وإنما تكون للشخص بعد ولادته، ويجري التفريق فيها بين ما ثبت منها قبل البلوغ وبعده. ويترتَّب على ثبوت أهليَّة الوجوب الكاملة وقبل البلوغ ما يلي:

(أ) ثبوت الواجبات التي تصحُّ نيابة وليِّه في أدائها؛ ولذا تجب عليه قيمة ما يتلفه، وتثبت هذه القيمة في ذمته؛ ولكنَّ وليَّه هو الذي يطالب بأدائها. وتجب عليه نفقة أقاربه الفقراء، والواجبات أو الالتزامات التي تصحُّ فيها نيابة الوليِّ هي الواجبات المالية، وتجب الزكاة في ماله عند الجمهور لصحَّة نيابة الوليِّ عنه في أدائها، خلافًا للأحناف الذين يرجحون جانب العبادة في الزكاة، ولا يرونه مكلَّفًا بها لهذا.

(ب) عدم تكليف الصبي بالعبادات التي لا تجرى فيها النيابة عنه كالصلاة والصوم.

(ج) عدم وجوب العقوبات في حقِّه؛ لأنه لا تجرى فيها النيابة أيضًا. ويجوز تأديب الصبي والمجنون، وإيداعهما في يد أمينٍ بقصد الإصلاح والتأديب؛ ولكن لا يجوز عقابهما، لأنهما ليسا أهلًا للتكليف بالخطاب الجنائي. وبهذا فإن أهليَّة الوجوب التي يتمتَّع بها الصبيُّ قاصرةٌ، ولا تثبت له في مجالات التكليف المختلفة؛ إذ رأينا أن الخطاب الجنائي لا يثبت في حقِّه.

أما بعد البلوغ وثبوت العقل، فتتصف أهليَّة الوجوب الكاملة بأنها مطلقةٌ غير قاصرة، وتشمل جميع مجالات التكليف التي تقبل نيابة الوليِّ في الأداء والتي لا تقبل مثل هذه النيابة.

الشخص الاعتباري أو القانوني:

يقابل الشخص الطبيعي الذي ينعم بأهليَّة الوجوب منذ بداية وجوده ما يُعرف بالشخصية القانونية التي تكتسبها المؤسسات السياسية كالأحزاب، والاقتصادية كالبنوك والشركات، وتنعم هذه المؤسسات بأهليَّة الوجوب، مما يفرضه الشرع والقانون لتيسير المصالح التي أرادها من فرضها للشخص الطبيعي.

وإذ فوَّض الشرعُ الحفاظَ على حقوق الشخص الطبيعي لممثليه من الأولياء والأوصياء في أحوال عجزه، فإن لممثلي الشخص الاعتباري أن يُعهد إليهم بالصلاحيات اللازمة لاكتساب الحقوق وتحمُّل الواجبات والالتزامات. غير أن الشخصية القانونية يجري التمييز في إطلاقها بين الشخص الطبيعي الذي

هو الإنسان وبين الشخص الاعتباري الذي يحكم له القانون بمقتضى ذلك بالحقِّ في الملك والتمليك والتصرف والتقاضي بواسطة ممثله.

وتفيد عبارات الفقهاء المسلمين أنهم يقصرون أهليَّة الوجوب على الشخص الطبيعي؛ لأن مناطها عندهم - كما تقدَّم - هو الإنسانية، أما الحيوانات والجمادات فقد أكَّدوا أنها لا تتمتَّع بأي نوعٍ من أنواع الأهليَّة. ولا نجد عندهم ما يشير إلى مفهوم هذا المصطلح القانوني، والذي برز وتطور في التفكير القانوني الغربي، واتسعت مجالات تطبيقه اتساعا كبيرًا، حتى شملت الدولة ومؤسساتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وأصبح من غير الممكن إقامة الأبنية القانونية التي تحكم عمل هذه المؤسسات دون افتراض تمتُّعها بالشخصية الاعتبارية، وبذمَّة مستقلة عن ذمَّة ممثليها.

ومع ذلك، فقد اتجه عددٌ من الباحثين المعاصرين إلى أن الفقه الإسلامي قد اعترف بنوعٍ من الشخصية الاعتبارية لبعض الجهات، كالوقف والمسجد والمضاربة وبيت المال، فإنها تتمتَّع بنوعٍ من الاستقلال عن ممثليها والعاملين عليها؛ فمتولي الوقف يستطيع أن يقترض له، ولا يُطالب هو أو أهله بما اقترضه إذا أُخرج من وظيفته، ولو اشترى المضارب أرضًا على ذمَّة المضاربة إلى جوار أرض ربِّ المال، وقام سبب استحقاق الشفعة، كان لربِّ المال أن يطالب بالشفعة لنفسه، وكذا يحقُّ للمضارب المطالبة لنفسه بالشفعة في الأرض المشتراة على ذمَّة المضاربة، وكل هذا يدلُّ على معرفة الفقه الإسلامي لنوعٍ من الشخصية الاعتبارية أو القانونية. وقد كانت الذمَّة نفسها افتراضًا أملتْهُ الصنعة الفقهية.

(٣) أهليَّة الأداء:

هي صلاحية الإنسان لأداء ما وجَبَ عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتَّب عليها آثارها الشرعية. وفي «**التوضيح**» تعريف أهليَّة الأداء بصلاحية صدور الفعل على وجهٍ يُعتَدُّ به شرعًا. فالمتمتِّع بأهليَّة الأداء يتولَّى عقد العقود وتنعقد بعبارته صحيحة منتجة لآثارها المترتِّبة عليها، إذا اجتمعت فيها شروط الصحَّة والنفاذ. ويكون أهلًا للعقوبة والجزاء على ما يرتكبه من جرائم، ولأداء

العبادات والثواب عليها. أما مَنْ ليس له هذه الأهليَّة، فلا تُعقد العقود بعبارته ولا تنفذ آثارها. وقد توجد لدى الشخص أهليَّة أداء في بعض الأمور دون بعضها الآخر، وهذه هي أهليَّة الأداء القاصرة أو الناقصة، وقد توجد لديه أهليَّة كاملة في نفاذ تصرفاته القوليَّة والفعليَّة كلها.

ومناط عملية الأداء هو العقل والتمييز لا الوجود والحياة كما في أهليَّة الوجوب. وعلى ذلك، فإن المجنون لا يتمتَّع بأهليَّة أداء لانعدام عقله. ويتحقَّق التمييز بالبلوغ عند جمهور الفقهاء، فتثبت به أهليَّة الأداء ما لم يثبت عدم تمييزه، فالبلوغ قرينةٌ على التمييز قابلة لإثبات خلافه. ولذا فإن مَن بلغ غير عاقل لم تثبت له أهليَّة أداء، ومَن بلغ سفيهًا غير مميز لم تثبت له أهليَّة أداء كاملة. أما الأحناف فيرون أن التمييز الناقص الذي يحصل للشخص بعد بلوغه سبع سنين يثبت له أهليَّة أداء ناقصة على ما يأتي توضيحه.

أهلية الأداء الكاملة والناقصة:

يشترط جمهور الفقهاء البلوغَ لإثبات أهليَّة الأداء. وطبقًا لذلك، فإن الإنسان يمرُّ في حياته بمرحلتين:

الأولى: قبل البلوغ، وليس له فيها أهليَّة أداء مطلقًا.

والثانية: بعد البلوغ، وفيها يتمتَّع الشخص بأهليَّة أداء. أما مذهب الأحناف فيكفي فيه تحقُّق التمييز الناقص للشخص بمجرَّد بلوغه سبع سنين حتى يتمتَّع بأهليَّة أداء ناقصة. وطبقًا لذلك، يمرُّ الشخص في حياته بعد ولادته بالمراحل التالية:

(١) بعد الولادة إلى سنِّ سبع سنين، حيث لا يتمتَّع الشخص بأهليَّة أداء من أيِّ نوع، فلا تنفذ عبارته في التصرفات القولية ولا تنعقد بها العقود، ولا يعاقب على ما يصدر منه من أفعالٍ في حكم الجرائم، ولا تصحُّ عبادته؛ لكن تجب عليه الواجبات المالية التي تقبل النيابة في أدائها كما تقدَّم.

(٢) مرحلة التمييز الناقص التي تتحقَّق للشخص بعد سبع سنين إلى وقت البلوغ. ويلحق جمهور الفقهاء هذه المرحلة بسابقتها، ولا يثبتون للشخص في

هذه الأثناء أهليَّة أداء مطلقًا. أما الأحناف فيثبتون للشخص في هذه المرحلة أهليَّة أداء ناقصة، ويترتب على أهليَّة الأداء الناقصة ما يلي:

(أ) صحَّة العبادات التي يؤديها الصبي، لكن لا تجب عليه.

(ب) صحَّة تصرفاته النافعة نفعًا محضًا كقبول الهبات والتبرعات، فيصح قبوله لها وتترتب الآثار الشرعية على هذا القبول، فينتقل إليه مِلك الموهوب أو المتبرع به.

(ج) بطلان تصرفاته الضارة ضررًا محضًا كتبرعه وصدقته وهبته شيئًا من ماله، ومعنى بطلان هذا التصرف أنه لا يجوز منه ولا حقَّ للوليِّ في تصحيح مثل هذا التصرف؛ لأن الوليَّ لا يملك إنشاءه، فلا يملك إجازته.

(د) صحَّة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر مع توقعها على رأي الوليِّ وإذنه، فإن أجازها نفذ، وإن لم يجزها بطلت. وهذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مثل البيع والإجارة والقسمة وسائر عقود المعاوضات.

(٣) مرحلة البلوغ التي تثبت فيها الأهليَّة الكاملة بشرط الرشد. والرشد هو حُسن التصرف في الأموال ومعرفة وجه التصرفات ومقصود الناس منها. ويعني ثبوت أهليَّة الأداء الكاملة صحَّة التصرفات والأفعال وترتُّب آثارها الشرعية. وإنما تتحقَّق أهليَّة الأداء الكاملة بالشروط التالية:

(أ) البلوغ.

(ب) الرشد.

(ج) انتفاء عوارض الأهليَّة على النحو الذي يرد توضيحه.

(٤) عوارض الأهليَّة:

(أ) العوارض السماويَّة:

العوارض جمع عارض، وهي أوصاف تعرض للإنسان فتؤثر في أهليته، ويقسمها الأصوليون إلى نوعين: أولهما العوارض السماوية، والثاني العوارض المكتسبة.

والعوارض السماويَّة هي التي لا دخل للإنسان في اكتسابها وتحصيلها، وأهمها: الجنون والعَته والإغماء والمرض.

أما العوارض المكتسبة فهي التي تحدث للشخص بفعله واختياره وتؤثر في قدراته المختلفة، وأهمها: الجهل والسُّكْر والخطأ والإكراه.

وفيما يلي بيان معنى أهم هذه العوارض السماويَّة وتأثيرها في أهليَّة الأداء.

أولًا: الجنون:

الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب. ويظهر هذا الاختلال في إتيان المجنون أفعالًا لا يقصدها أو لا يقصد إحداث نتائجها. وقد يكون هذا الجنون ممتدًّا لا تتخلَّله إفاقة أو متقطعًا تتخلَّله الإفاقة. ويشبه الجنون المتقطع الذي تتخلَّله الإفاقة بعض الأمراض النفسيَّة الشديدة التي تجعل المصابَ بها يتخيَّل الخيالات الفاسدة ويفزع في أحوالٍ كثيرة من غيره ما يصلح سببًا فيطير قلبه ولا يجتمع ذهنه، مما يؤثر في اختلال قصده لأفعاله أو قصده لنتائجها. وليس من الجنون هذا الاضطراب النفسي أو العصبي الذي يظهر في الاستفزاز الشديد من دون سببٍ يوجبه والاضطراب والهياج والغضب الذي يُفقد الشخص تقديره للأمور، دون أن يفقده القدرة على السيطرة على أفعاله ومعرفة نتائجها وإدراك عواقب ما يصدر عنه من أفعال، سواء رجع هذا الاضطراب والجنوح للاستفزاز الشديد بغير موجبٍ إلى مرض عصبيٍّ أو حادثة من حوادث الحياة، كخيانة زوجة أو صديق أو تعثُّر في العمل أو ضياع مال، فإن مثل ذلك لا يبلغ مبلغَ الجنون، ويُحاسَب مثل هذا الشخص على فعله، ويُعتَدُّ بتصرفاته القوليَّة والفعليَّة.

وينافي الجنون أهليَّة الأداء؛ لأن مناطها العقلُ والتمييز؛ ولذا لا تصحُّ عباداته، ولا يُخاطَب بها، وتبطل تصرفاته المالية، ولا يعاقب بما يرتكبه من جرائم الحدود، كالزنا وشرب الخمر والسرقة والقذف، كما أنه لا يعاقب في جرائم القصاص؛ لأنه لا عمد له، ولو قتل المجنون أحدًا متعمدًا ذلك اعتبر عمده خطأً يوجب الدية. ولا يخفى أن انتفاء أهليَّة الأداء للمجنون لا يؤثر في ثبوت أهليَّة الوجوب له؛ لأنها ثابتةٌ له بمقتضى الإنسانيَّة.

ثانيًا: العَته:

يعرِّفه الأصوليون بأنه آفةٌ توجب اختلال العقل، فيختلط كلام صاحبه حتى يشبه كلام العقلاء أحيانًا، وكلام المجانين أحيانًا أخرى.

والعته كالجنون في الذهاب بسلامة الإدراك، وإن كان الجنون أقوى؛ لأن العته ضعفُ الإدراك، أما الجنون فيكاد يصل إلى درجة انعدامه.

ويفرِّق الأصوليون لبيان حكم المعتوه بين المميز وغير المميز، فغير المميز يلحق بالمجنون في عدم مساءلته جنائيًّا وفي بطلان تصرفاته القوليَّة، بمعنى عدم ترتيب آثارها الشرعية، وعدم صحَّة عباداته. أما المميز فحكمه حكم الصبي المميز في منع عقابه وصحَّة تصرفاته النافعة، وبطلان ما كان ضارًا كالتبرعات، ووقف تصرفاته المتردِّدة بين النفع والضرر - كالبيع والشراء - على إجازة وليِّه. وله بهذا أهليَّة أداء ناقصة.

ثالثًا: النسيان:

النسيان هو غفلة الإنسان وذهوله عن بعض ما كان قد علمه بغير قصدٍ منه، وحكم النسيان ما يلي:

(١) لا ينافي أهليَّة خطاب الوضع، ولا يكون عذرًا في حقوق العباد، فلو أتلف مالَ غيره ناسيًا وجب عليه الضمان.

(٢) لا ينافي النسيان خطاب التكليف؛ لوجود شروطه من العقل والتميز. ولذا لو غفل عن صلاته وجب عليه أن يؤديها إذا ذكرها.

(٣) لا يعذر الناس فيما يتعلَّق بحقوق الله إن وجد مع النسيان تقصير، كأن يغفل عمَّا يجب عليه تذكُّره مع وجود دواعي التذكُّر، من ذلك الأكل في الصلاة، فإن وقوفه لأدائها وانخراطه فيها يذكِّره بامتناعه عن الأفعال الخارجة عن الصلاة، ومن ذلك اللعب بمسدس محشو بالرصاص وتوجيهه إلى شخص والضغط على الزناد ناسيًا وضع المقذوف الناري فيه من قبل، وإنما عُدَّ مقصرًا في هذه الحالة لأن عظمَ الخطر وضخامة النتائج يستوجبان زيادة الحذر، ووضع المقذوف الناري في المسدس مما يوجب عدم نسيانه، فيضمن ويعاقب بغير القصاص.

(٤) يعذر الناسي إن لم ينشأ النسيان بتقصيرٍ منه. ولذا لو أكل ناسيًا وهو صائم لم يبطل صومه؛ وذلك لما في الطبيعة من النزوع إلى الأكل، ولو سلم في قعوده بعد الركعتين الأُوليين في صلاة الظهر أو المغرب لم تفسد صلاته.

رابعًا: المرض:

حالة تعرض للإنسان تؤثر في القدرة على الفعل، ويعرِّفه المرحوم أحمد إبراهيم بأنه هو: «ما يعتري الأجسام الحيَّة من خللٍ أو نقصٍ تخرج به عن حالة اعتدالها العادية قليلًا كان أو كثيرًا، وقد ينتهي به الأمر إلى القضاء على الحياة».

والمرض بهذا نوعان:

(١) المرض الذي يبرأ منه مَنْ ألمَّ به وأصابه ولا يعقبه الموت، وهو المرضُ العام.

(٢) مرض الموت، وهو الذي لا يفصل البُرء بينه وبين حدوثِ الموت. وهو المرض الخاصُّ الذي يؤثر في التصرفات المختلفة.

وأحكام النوع الأول من المرض فيما يلي:

- لا ينافي المرض أهليَّة الأداء الكاملة، وتصحُّ تصرفات المريض المختلفة، وتترتَّب عليه آثارها؛ وذلك لأن المرض لا يؤثر في العقل ولا يمنع من التمييز.

- لا ينافي المرض أهليَّة الوجوب، فيثبت التكليف بالعبادات والخطاب بالعقوبات.

- يُعَدُّ المرض عذرًا تسقط به بعض الحاجات التي لا يستلمها المريض أو تؤثر في صحته، كوجوب الوضوء أو الغسل للصلاة، ويصبح له التيمم بدلًا منها إن كان الماء يضره.

أما مرض الموت فتتعلَّق به الأحكام التالية:

- لا ينافي أهليَّة الوجوب، ويجري تكليفه بالعبادات والعقوبات.

- يُعَدُّ المرض عذرًا تسقط به بعض الواجبات التي لا يطيقها المريض أو تؤثر في صحته كذلك.

- أما بالنسبة إلى تصرفاته التي قد تضرُّ بالغرماء فيُحجر عليه فيها ويقضى بمنعه من هذا الضرر؛ ولذا تتقيَّد أهليته في التبرع بما يزيد عن قيمة ديونه، وتتقدَّم ديون الصحَّة على ديون مرض الموت حمايةً لدائني الصحَّة؛ لأن دينهم أقوى.

- تتقيَّد تبرعاته ومحاباته في الشراء والبيع بما لا يجاوز ثلث ماله؛ لتعلُّق حقِّ ورثته بثلثي ماله.

- إقرار المريض بدَيْنٍ عليه لوارثه إقرار صحيحٌ موقوف على إذنِ سائر الورثة؛ لتعلُّق حقوقهم بالتركة واحتمال محاباة أحدهم فيها، فينفذ الإقرار إن أجازوه ويبطل إن لم يجيزوه. أما إن كان الإقرار بالدَّين لأجنبيٍّ، فإن الإقرار يصحُّ لبُعْد التهمة في المحاباة، ولا يفرِّق الشافعية بين إقرار المريض مرض الموت للوارث أو الأجنبي، ويحملون الإقرارين على الصحَّة والنفاذ دون توقفٍ على إذنِ أحد.

ويرجع الخلاف بين الشافعية والأحناف في حكم إقرار المريض لوارثٍ إلى الخلاف بينهما في أصل النظر إلى التصرف والحكم بصحته إذا اجتمعت فيه الأسباب الظاهرة للصحَّة. أما الأحناف فلا يكتفون بالنظر في الأسباب الظاهرة لصحَّة التصرف، ويبحثون في القصد والنيَّة عند وجود سببٍ يدعو إلى هذا البحث. ويعبِّر الزنجاني عن هذا الأصل بقوله: «الأصل عند الشافعي رضي الله عنه أن الفعل إذا وجِد مطابقًا لظاهر الشرع حُكم بصحته، ولا تُعتبر التهمة في الأحكام؛ لأن الأحكام تتبع الأسباب الجليَّة دون المعاني الخفيَّة، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: كلُّ فعلٍ تمكَّنت التهمة فيه حُكم بفساده؛ لتعارض دليل الصحَّة والفساد».

- يصحُّ نكاح المريض مرض الموت، ويثبت به الحقُّ في الميراث والمهر دون توقفٍ على إذنِ أحد، ويخالف المالكية في هذا ويرون أن المرض المخوف الذي يغلب فيه الهلاك يمثِّل مانعًا من موانع الزواج.

- يقع طلاق المريض مرض الموت، وترثه المطلقة البائعة شريطة:

- حدوث الموت من المرض الذي تمَّ فيه الطلاق.

- وأن يكون موت المطلق في أثناء العدَّة.

- وألّا يكون الطلاق بطلبها ولا بسببٍ من جهتها.

وإنما حُكم بتوريثها مع بينونتها لتمكُّن التهمة من قصده الإضرار بها والفرار من توريثها، فترثه؛ معاملةً له بنقيض مقصوده الظالم، ومنعًا له من التعسُّف في استعمال حقٍّ من الحقوق التي يرتبها الزواج. فقد شُرع الطلاق لتحقيق مقاصد معينة، هي إنهاء الحياة الزوجية التي فشل الطرفان في تحقيق المصالح المتوخَّاة منها، وتتمثَّل في التعاون للإنجاب وتربية الأولاد ومقاسمة الطرفين حياة أساسها المودَّة والرحمة، ولم يُشرع الطلاق لتمكين الزوج من الفرار من توريث زوجته، فيُعَد متعسفًا في استعمال حقٍّ مشروعٍ لتحقيق نتائج غير مشروعة بهذا الحقِّ، فلا يقع تصرفه؛ ولهذا ترث منه المطلَّقة طلاقًا بائنًا رغم انتهاء الحياة الزوجية حقيقةً وحكمًا. ولا يخفى أنه لا يرثها هو لو ماتت هي في مرض موته؛ لانتهاء الزواج بينهما بطلاقه البائن، وقد وقع ذلك بسببٍ من جهته فيعامل به.

ومذهب الشافعية عدم توريث المطلَّقة في مرض موت الزوج طلاقًا بائنًا؛ لأنهم يرتبون الأحكام الشرعية على الأسباب الظاهرة دون المعاني الخفيَّة والقصد طبقًا لما تقدَّم.

(ب) العوارض المكتسبة:

تقدَّم معنى العوارض المكتسبة التي تطرأ بفعل الإنسان واختياره وتؤثر في أهليته. وفيما يلي بيان بمعنى أهم هذه العوارض المكتسبة وأبرز أحكامها.

أولًا: السُّكر:

هو اختلاط الكلام والهذيان، وينقسم إلى نوعين:

أولهما: السُّكر بطريقٍ مباحٍ كالبنج والأدوية المتخذة للعلاج والخمر عند الاضطرار.

والثاني: السُّكْر بطريق محظور.

وحكم السكران بطريقٍ مباحٍ فيما يلي:

(١) لا ينافي السُّكْر أهليَّة الوجوب، فتثبت في ذمَّة السكران الواجبات التي تنشأ أسبابها عند ذكره، فلو أتلف مالَ غيره أو جرحه لزمه الضمان ووجب عليه التعويض.

(٢) ينافي السُّكْر أهليَّة الأداء، فلا يكلَّف بأداء ما وجب عليه من العبادة في أثناء سُكْرِه، ولكن يجب عليه القضاء.

(٣) لا تترتب على مثل هذا السُّكْر عقوبة، فلا يُحد حد الشرب ولا حد السُّكْر، ولا تثبت في حقِّه عقوبة تعزيرية بتعاطي هذا السُّكْر.

(٤) ينافي السُّكْر ترتيب المسؤولية الجنائية لعدم توافر القصد والنيَّة.

(٥) لا تقع تصرفاته المختلفة، فلا يصحُّ منه طلاق ولا عتاق وهو بمنزلة المغمى عليه الذي لا تترتب الآثار الشرعية على عبارته.

أما السُّكْر بطريقٍ محظور فتترتَّب عليه الأحكام التالية:

(١) لا ينافي السُّكْر أهليَّة خطاب التكليف، فيلزم السكران التكليف بالصوم والصلاة.

(٢) ينافي السُّكْر أهليَّة الأداء في العبادات المختلفة، فلا يصحُّ أداؤه للصلاة والصوم في أثناء سُكْرِه.

(٣) عدم الاعتداد بعباراته في الإقرارات والعقود والطلاق وهو مذهب الظاهرية والإمامية والليث بن سعد، وهو ما أخذ به مرسوم (١٩٢٩م) في عدم إيقاع الطلاق بعبارة السكران، سواء سكر بمحرَّم أو مباح. ويخالف جمهور الفقهاء في ذلك فيذهبون إلى الاعتداد بأقواله في العقود والتصرفات المختلفة كالطلاق ويؤاخذ بها. ويعلِّل الآمدي لنفوذ طلاق السكران بعبارته لأهليته لخطاب الوضع، فإن عبارته سببٌ للطلاق، ومتى وقع السبب وقع المسبب، كما جُعل زوال الشمس وطلوع الهلال سببًا في وجوب الصلاة والصوم.

(٤) تترتَّب المسؤولية الجنائية على أفعاله ومعاقبته بها، فيجب عليه

القصاص إذا قتل، ويُحد حد القذف إذا اتهم غيره في أثناء سُكْرِه بارتكاب جريمة الزنا، ويقام عليه حد الزنا إذا ارتكب ما يوجبه.

(٥) تترتَّب المسؤولية المدنية أو الضمان على أفعاله، فلو أتلف مالَ غيره وجب عليه الضمان.

(٦) لا يؤاخذ السكران إذا أقرَّ في أثناء سُكْرِه بارتكاب جريمة توجب الحد كالسرقة أو القصاص، ويُنتظر إلى حين إفاقته فإن أقرَّ حال صَحْوه بما أقرَّ به حال سُكره أو ثبت ارتكابه الجريمة بدليلٍ آخر عوقب عليها، وإلا فإنه لا يؤاخذ بما أقرَّ به حال سُكره.

ثانيًا: الهزل:

الهزل هو اللعب، ويعني النطق بلفظٍ لا يراد به معناه المألوف له في الحقيقة أو المجاز. وينطبق هذا على المواضعة أو التلجئة التي تشبه البيع الصوري لحماية الإنسان مِلكه من أن يأخذه أحدٌ بغير سببٍ مشروعٍ أو لحماية المتعاقد نفسه. وتظهر الحاجة إلى التلجئة في مواقف عملية عديدة منها أن من كان مهددًا باستيلاء أحدٍ على أرضه أو داره، فإنه كان يتنازل عن ملكيتها لشخصٍ يستطيع بسطَ حمايته عليها، فيلجئ إليه أرضه أو داره ببيعٍ لا يقصد حقيقته، ولا أخذ ثمن ولا نقل مِلك، بل لإسباغ الحماية القانونية والفعلية على مِلكه. وقد يبيع الوكيل ما يبيعه على أنه يقصد إخفاء اسم الأصيل، وهذه قضية الاسم المستعار. وقد تظهر التلجئة بإظهار بدلٍ في العقد أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة، كأن يتفقا على خمسين ألفًا مهرًا في الظاهر وهو في الواقع أقلُّ من ذلك.

ويجري على الهزل والمواضعة (التلجئة) الأحكام التالية:

(١) الهزل لا ينافي أهليَّة الوجوب والأداء.

(٢) لا ينافي الهزل اختيار مباشرة العقد والرضا به، وإنما ينافي اختيار الحكم والرضا به، وتوضيح ذلك أن اتفاق المتعاقدين على مهرٍ بمائة ألف في العلن، على أن تكون القيمة الحقيقية للمهر خمسين، يتضمَّن الرضا بهذا الاتفاق والدخول فيه ومباشرته بالفعل؛ لكنه لا يعني رضاهما بحكم هذا

الاتفاق واختياره، وقبول الزوج في العلن دفع هذه المائة ألف واختيار الزوجة أخذ هذا المبلغ فيما عبَّرا عنه لا يعني رضاه بدفع هذه المائة ألف؛ لأنهما رضيا بالقيمة الحقيقية للمهر المتفق عليها بالفعل، وهي الخمسون.

(٣) بيوع الهازل وإجارته وسائر العقود التي يلحقها الفسخ باطلةٌ عند الأحناف والحنابلة؛ لأن العاقدين ما قصدا العقد، وإنما تظاهرا بعقده بالتلفظ بعباراتٍ لا يراد بها معناها الحقيقي أو المجازي، فلم يصح العقد. لكن ذهب الشافعية إلى غير ذلك ورأوا انعقاد العقد بعبارة الهازل؛ لأنه أتى بالأركان والشروط ونطق باللفظ الدال على القصد والإرادة، والهزل لا اطلاع لأحدٍ عليه، ويؤدي ادعاؤه وإبطال العقد به إلى تيسير التحلُّل من العقد لمن بدا له. لأن الشافعية يكتفون بالنظر إلى الأسباب الظاهرة لبناء الأحكام عليها دون بحثٍ في المعاني الخفيَّة كما سبق.

(٤) زواج الهازل وطلاقه ورجعته على الصحَّة لقوله ﷺ: «ثلاث جِدُّهنَّ جدٌّ وهزلهنَّ جدٌّ: النكاح والطلاق والرجعة». وهذه تصرفات لا تقبل الفسخ.

(٥) إذا كانت المواضعة في المهر كأن يذكرا في العقد ألفين والاتفاق على ألف ورجعا عن المواضعة، فاللازم على الزوج المسمَّى في العقد، وهو الألفان. أما إذا اتفقا على بناء النكاح على المواضعة، فالمهر المستحقُّ هو الألف. وبهذا فإن الهزل يبطل التسمية في الصداق ويرجع إلى الاتفاق الحقيقي، أو إلى مهر المثل إذا لم يمكن الرجوع إلى هذا الاتفاق في المعاملات والمقاصد منها.

ثالثًا: السَّفيه:

السَّفَه خفَّةٌ تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل، وعلى التصرف في المال بالتبذير المجاوز للحد. وإنما اعتبر السفه من العوارض المكتسبة؛ لأن السفيه يعمل باختياره على خلاف ما يوجبه العقل مع وجود العقل فلا يكون سماويًا. ويفترق السفيه عن المعتوه؛ لأن المعتوه يشبه المجنون في بعض أفعاله وأقواله بخلاف السفيه فإنه لا يشابه المجنون، ولكن يتبع أهواءه ويتصرف من غير نظرٍ ورويَّة في عواقب تصرفاته.

ويترتَّب على السَّفَه الأحكام التالية:

(١) السفيه له أهليته الكاملة في الوجوب والأداء، فيخاطب بالعبادات، ويعاقب على ما يرتكبه من جنايات، ويضمن ما يتلفه من أموال الناس.

(٢) لا يدفع إليه ماله إذا بلغ سفيهًا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥]، وإنما يدفع إليه المال إذا بلغ سنَّ الرشد لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، والرشد هو الصلاح في العقل والقدرة على حُسن التصرف في المال وحفظه ومعرفة المعاملات والمقاصد.

(٣) يُحجر على السفيه ويمنع من التصرفات المالية عند جمهور الفقهاء، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فقد دلَّت الآية على أن للسفيه وليًّا يقوم مقامه في إملاء كتابة ورقة الدَّين. ويستدلون كذلك «أن السفيه بإتلاف ماله وإسرافه يصير مطيَّةً لديون الناس ومظنَّةً لوجوب النفقة عليه من بيت المال، فيصير على المسلمين وبالًا وعلى بيت مالهم عيالًا»، فيجب الحجر عليه دفعًا للضرر عن المسلمين ومن يعولهم.

ويخالف أبو حنيفة في الحجر على السفيه، إذا طرأ عليه السَّفَهُ بعد بلوغه رشيدًا أو بعد بلوغه خمسًا وعشرين سنةً، ودليله على ذلك أن الحجر عليه إهدار لآدميته وحفظٌ لماله، وصون الآدمية مقدَّم على صون المال فيمتنع الحجر عليه.

ولا يخفى أن أدلَّة الجمهور القائلين بجواز الحجر على السفيه أقوى، من حيث المصلحة ومن حيث الاستناد إلى النصوص، فإن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ عامٌّ في السفيه الذي بلغ الخامسة والعشرين، والذي لم يبلغ هذه السنَّ، والذي اتصل سفهه بالبلوغ أو ظهر عليه بعد ذلك.

رابعًا: أحكام الخطأ:

يترتَّب على الخطأ العديد من الأحكام، من بينها:

(١) لا ينافي الخطأ أهليَّة الخطاب الشرعي بشقيه الوضعي والتكليفي؛

لأن خطاب الوضع لا يقتضي القصد أو العقل والتمييز، وإنما يشترط له الأهليَّة لثبوت الحقوق والواجبات، وهي مرتبطة بالإنسانية كما تقدَّم، ولا ينافي الخطأ أهليَّة التكليف لأن الخطأ لا ينافي العقل والتمييز.

(٢) يصلح الخطأ أن يكون عذرًا في سقوط حقوق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد، ويصلح شبهة في العقوبة حتى لا يأثم المخطئ إثم القتل ولا يؤاخذ بحدٍّ ولا قصاص؛ لأنها عقوباتٌ كاملة، فلا تجب إلا إذا اكتملت الجريمة بالقصد إليها ونيَّة فاعلها.

أما العقوبات التعزيرية فتتوجَّه إلى المخطئ إذا صحب الخطأ إهمال شديد أو تقصير، فإنه سببٌ لتخفيف العقوبات الحديَّة والقصاص، ولكنه لا ينفي استحقاق العقوبة التعزيرية؛ لأنه «لا ينفكُّ - أي الخطأ - عن ضرب (نوع) تقصير، وهو ترك التثبُّت والاحتياط، فهو بأصل الفعل مباح وبترك التثبُّت محظور، فيكون جناية قاصرة يصلح لجزاء قاصر».

وبهذا فإن الخطأ يصلح سببًا لتخفيف العقوبة الحديَّة والعقوبة بالقصاص، وهو مع ذلك محلٌّ لثبوت العقوبة التعزيرية، وبهذا فهو لا يُعَدُّ «مانعًا من التكليف في نطاق العقوبات» مطلقًا حسبما فهمه بعض الكاتبين.

(٣) لا يُعَدُّ الخطأ عذرًا لإسقاط حقوق العباد، فيجب معه الضمان والتعويض عمَّا يتلفه المخطئ؛ ولذا لو أوقد النار في حشائش حقله فانتقلت منه إلى حقل جاره وأحرقت زرعه ضمن قيمة الزرع، ولو أطلق النار في عرسٍ فأصاب شخصًا وجبت الدية.

(٤) لا ينفي الخطأ وجوب الكفارة؛ لأنه لا ينفكُّ عن تقصير. وكفارة القتل الخطأ كما جاء في القرآن الكريم هي تحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

(٥) لا تنفذ تصرفات المخطئ القوليَّة ولا تقع عند الجمهور، فطلاق المخطئ لا يقع. فلو أراد أن يقول شيئًا معينًا، وسبق لسانه بكلمة الطلاق لم تطلق الزوجة. وكذا لو نطق بكلمة البيع لسيارته أو إجارتها أو غير هذا من العقود لم تقع منه، ولم يُعتد بعبارته التي تلفَّظ بها على سبيل الخطأ. وفي هذا

يخالف الأحناف، ويرون وقوع طلاق المخطئ وانعقاد العقود بعبارته؛ وذلك لصدور الألفاظ من مكلَّف له أهليَّة كاملة، فتنعقد عبارته سببًا لترتُّب الأحكام الشرعية عليها. كذلك فإن الأحكام الشرعية ترتبط بأسبابٍ منضبطة ظاهرة يمكن الاطلاع عليها، والخطأ أمر باطن يتيسَّر ادعاؤه ولا يمكن ضبطه. وعلى الرغم من انعقاد العقود بعبارة المخطئ في مذهب الأحناف، فإنهم يرون أن هذا الانعقاد حكمه الفساد، فينعقد العقد بعبارة المخطئ لكنه لا ينفذ لعدم القصد إليه.

أما الجمهور فيذهبون إلى عدم وقوع الطلاق وعدم انعقاد العقد بعبارة المخطئ لعدم القصد، والكلام إنما تترتَّب آثاره الشرعية بالقصد إليه؛ ولذا لم يُعتد بكلام المجنون مع صدور صورته منه وموافقة ما يقوله للصورة التي ينطق بها صحيح العقل، غير أنهما افترقا في القصد وعدمه؛ إذ المجنون لا يقصد ما يقوله على خلاف الصحيح العقل.

والحاصل أن الأحناف يوقعون الطلاق بعبارة المخطئ خلافًا للجمهور، كما تنعقد العقود بعبارته عند الأحناف، وإن كان انعقادها هذا فاسدًا فلا تنفذ بهذه العبارة، ويخالف الجمهور في هذا أيضًا، فلا تنعقد العقود عندهم بعبارة المخطئ مطلقًا.

خامسًا: الإكراه:

الإكراه في اللغة بمعنى القهر والمشقَّة، ويعرِّفه السرخسي بأنه: «اسمٌ لفعلٍ يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهليَّة في حقِّ المُكره أو يسقط عنه الاختيار».

وبهذا فإن الإكراه هو حملُ الغير على القيام بفعلٍ أو التلفظ بقولٍ لا يريده ولا يسعى إلى تحصيل آثاره لو تُرك وشأنه، فيختار فعله اختيارًا فاسدًا؛ لأنه لا يختار الفعل أو عدمه، وهو صحيح الاختيار، وإنما يفعل ما يفعله باختيارٍ فاسدٍ لأنه يقدم على الفعل تحت وطأة الخوف من وقوع التهديد المُكْرَه به. ويفرِّق الأحناف بين الرضا بالشيء وإرادته وبين اختياره، وعندهم أن الإكراه بعدم الرضا دون الاختيار؛ لأن المُكْرَه يفعل ما يفعله باختياره الفاسد بين الإقدام على الفعل وبين وقوع التهديد.

وينقسم الإكراه إلى نوعين:

أولهما: الإكراه الملجئ، وهو الذي يكون فيه التهديد بالقتل أو قطع عضو، ومنه التهديد بمنع الطعام والشراب إلى الحدِّ الذي يخاف منه على سلامة النفس أو الأعضاء. ويعني الإلجاء إفساد الاختيار وضعفه إلى الحدِّ الذي يصير معه المُكْرَهُ آلةً في يد المُكْرِهِ الحامل على الفعل.

والثاني: الإكراه غير الملجئ أو الناقص الذي يكون التهديد فيه بضربٍ أو حبسٍ أو قيدٍ، وليس له حدٌّ معيَّن، ويختلف ما يكون به هذا النوع من الإكراه باختلاف الأشخاص، وما يتسبَّب في إلحاق الغمِّ والحزن بالحبس والقيد والضرب.

ولذلك يلتحق به أن يكون التهديد بالضرب أو بالحبس أو القيد متعلِّقًا بفروع المكرَه أو أصوله أو ذي رحمٍ محرم منه أو الزوجة أو غير ذلك ممَّن يمتُّ إلى المكرَه بسبب؛ لأنه يوجب الاغتمام والحزن كذلك.

وفي المادة (٢٧٨) من مرشد الحيران أن: «الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذوي رحمٍ محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضًا».

والمعيار الذي ذكره النووي هو القضاء بحصول الإكراه في كل ما يؤثر العاقل الإقدام عليه حذرًا مما هُدِّد به، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة والأمور المخوَّف بها، فقد يكون الشيء إكراهًا في شيء دون غيره، وفي حقِّ شخصٍ دون آخر.

وبذلك فإن معيار الإكراه معيار نفسيٌّ ماديٌّ يستند إلى ما قام في نفس المُكره، مع النظر إلى الظروف الموضوعية التي أنتجت هذا الأثر.

ويقترب من ذلك تعريف القانون المدني المصري للإكراه فيما يستفاد مما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٢٧)، فهو رهبة يبعثها المكرِه في نفس المكرَه إذا كانت هذه الرهبة قائمةً على أساس، بمعنى أن ظروف الحال كانت تصور للطرف الذي يدَّعيها أن خطرًا جسيمًا محدقًا يهدِّده هو أو غيره في النفس أو الشرف أو الجسم أو المال.

سادسًا: أحكام الإكراه:

يترتَّب على الإكراه أحكام عديدة منها:

(١) لا ينافي الإكراه أهليَّة الوجوب والأداء لوجود مناطهما، وهو الإنسانية والعقل والتمييز.

(٢) يعدم الإكراه الرضا بالاتفاق؛ لأن المكرَه يقدم على الفعل دون أن يكون راضيًا به.

(٣) يعدم الإكراه الاختيار عند جمهور الفقهاء؛ لأن المكرَه بتهديده بما يخاف منه على نفسه أو ماله أو عرضه لم يعد أمامه سوى الإقدام على الفعل المكره عليه، ولا يتوجَّه خطاب التكليف بهذا للمكره؛ لأن تحقُّق الاختيار شرطٌ في التكليف.

والإكراه الذي يمنع من التكليف هو الإكراه بغير حقٍّ، أما الإكراه بحقٍّ كإجبار القاضي الرجل على تطليق زوجته إذا آلى عنها، وكإجبار المَدين على بيع ماله للوفاء بدَيْنِه، فلا يمنع من التكليف.

ومذهب الأحناف أن الإكراه لا ينفي الاختيار؛ لأن المكرَه يقدم على الفعل باختيار منه لأخف الضررين، فمن أُكره على إتلافِ مالٍ لأحدٍ وكان مهدَّدًا بالقتل لو لم يفعل، فإنه يوازن بين تعريض نفسه للقتل وبين قيامه بإتلاف المال، وإذا لم يختر القتل لإحساسه بزيادة ضرره عن الضرر الذي يحدث من إتلاف المال، فإنه يختار الأمر الآخر، وهو إتلاف المال. نعم، لا شكَّ في أنه لم يرض بالإتلاف أيضًا، لكنه اختاره - مع عدم رضاه به - تجنبًا للقتل المهدَّد به.

(٤) يبطل إقرار المكرَه باتفاق العلماء، سواء كان الإكراه ملجئًا أو غير ملجئ، فمَنْ أقرَّ تحت الإكراه بدَيْنٍ أو زواجٍ أو طلاقٍ كان اعترافه باطلًا ولا ينشأ به حقٌّ من الحقوق؛ لأن الإكراه حجَّة إذا صدر باختيار المُقر، فإذا فسد هذا الاختيار لم يُعتد بهذا الإقرار.

(٥) تبطل عقود المكرَه المالية في المذهبين الشافعي والحنبلي، ولا أثر لعبارته التي تصدر تحت الإكراه فيما لو باع أو اشترى أو استأجر أو اقترض بناءً على ذلك. أما الأحناف فيرون أن عقود المكرَه صحيحةٌ نافذة لكنها غير

لازمة، فله أن يبطلها، ومذهب المالكية أن عقود المكرَه فاسدةٌ لكنها تصحُّ بإجازته.

وبهذا يشترك الأحناف والمالكية في إلحاق عقود المكرَه بمرتبة من مراتب عدم الصحَّة، فالمالكية يقتربون من الشافعية والحنابلة في حكمهم بفساد عقود المكره، لكن الفرق بين موقف المالكية والمذهبين الآخرين أن عقود المكره تلحقها الصحَّة بإجازة المكره على حين لا تلحقها هذه الإجازة عند الشافعية والحنابلة.

أما الأحناف فيلحقون عقود المكره بأخف درجة من درجات البطلان، وهي مرتبة عدم لزوم عقود المكره المالية، وله أن يتحلَّل منها إن رغب في ذلك، فعقود المكره عندهم صحيحة نافذة لكنها غير لازمة كما تقدَّم.

(٦) لا يقع زواج المكره وطلاقه ورجعته في المذهب الشافعي، ويوافق الحنابلة على بطلان طلاق المكره ورجعته.

أما الأحناف فيرون أن هذه تصرفات لا تقبل الفسخ وتقع مع الإكراه. وعندهم لهذا أن المكره لو طلَّق زوجته أو تزوج أو راجعها وقع الطلاق والزواج والرجعة؛ لأن هذه التصرفات لا تحتمل الفسخ.

(٧) الإكراه سببٌ لإباحة الأفعال التي تبيحها الضرورة كشرب الخمر، وأكل الميتة ولحم الخنزير، وكالتلفُّظ بكلمة الكفر. فلو أُكره على شيء من ذلك لم يعاقب به، ولا يُعَدُّ الفعل جريمةً، وهذا هو معنى إباحة الفعل. ومن هذا القبيل الإكراه على التلفُّظ بكلمة الكفر، فإنه سببٌ لإباحة هذا التلفُّظ، ولا يُحكم بالردَّة ولا بعقوبتها لعدم قيام الجريمة.

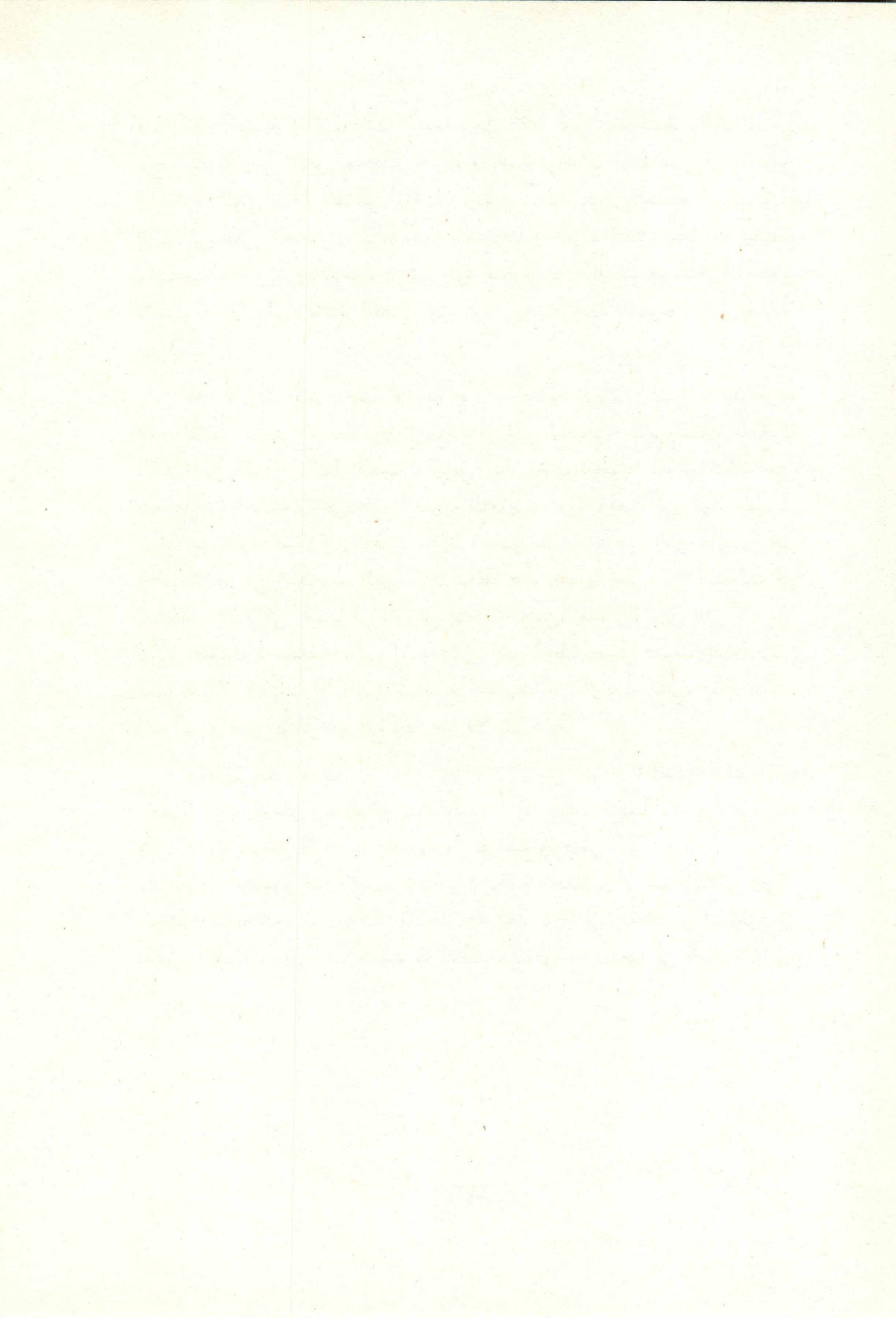
(٨) لا يُعَدُّ الإكراه سببًا لإباحة الأفعال التي لا تبيحها الضرورة وتتعلَّق بالعدوان على البدن الإنساني. فالإكراه على القتل أو الضرب لا يبيحه، لو كان في امتناع المكرَه عن فعل ذلك هلاكه؛ لأن بدنَ غيره معصومٌ أيضًا. ولذا لو أُكره على قتلِ أحدٍ لم يبح له القتل ويعاقب بالقصاص منه لو أقدم على القتل، حتى لو كان مهدَّدًا به؛ لأن نفسَ غيره في مثل عصمة نفسه، ولا يدفع الضرر بما يساويه أو بما هو أكثر منه. وإذا لم يكن الفعل مباحًا وظلَّ على الحرمة،

فإنه يكون جريمةً يعاقب عليها. وهذا محلُّ اتفاق بين المذاهب. والخلاف في نوع العقوبة ومَنْ تلحق به، فأبو حنيفة ومحمد يوجبان القصاص على الحامل (المكرِه) الذي اتخذ الفاعل أداةً له، ويوجب المالكية والشافعية والحنابلة القصاص على الحامل والفاعل معًا لتعديهما وحدوث القتل بفعلهما فيقتص منهما. أما أبو يوسف فقد انتهى إلى عدم إيجاب القصاص على الحامل (المكرِه) ولا على الفاعل لنقص جنايتهما، وهو يوجب العقوبة التعزيرية بدلًا من ذلك.

(٩) لا يُعَدُّ الإكراه سببًا لإباحة جرائم الحدود كالزنا والسرقة، فإن حرمة هذه الأفعال لا ترتفع بالإكراه الملجئ أو غير الملجئ؛ لكن تسقط العقوبة الحديَّة عن الفاعل لانتفاء القصد الكامل، ولا تجب العقوبة الحديَّة كذلك على الحامل، وإنما تجب في حقِّه العقوبة التعزيرية. وقد وقعت في عهد عمر بن الخطاب قضية المرأة التي أقرت بالزنا فحكم عليها بالرجم. لكن علي بن أبي طالب ترافع في شأن هذه المرأة بأن سألها عمَّا حملها على الزنا، فقالت في إجابتها: «كان لي خليط (راعٍ) وفي إبله ماء ولبن، ولم يكن في إبلي ماء ولا لبن، فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسي فأبيت عليه ثلاثًا، فلما ظمئت وظننت أن نفسي ستخرج أعطيته الذي أراد فسقاني. فقال علي: الله أكبر، فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه.

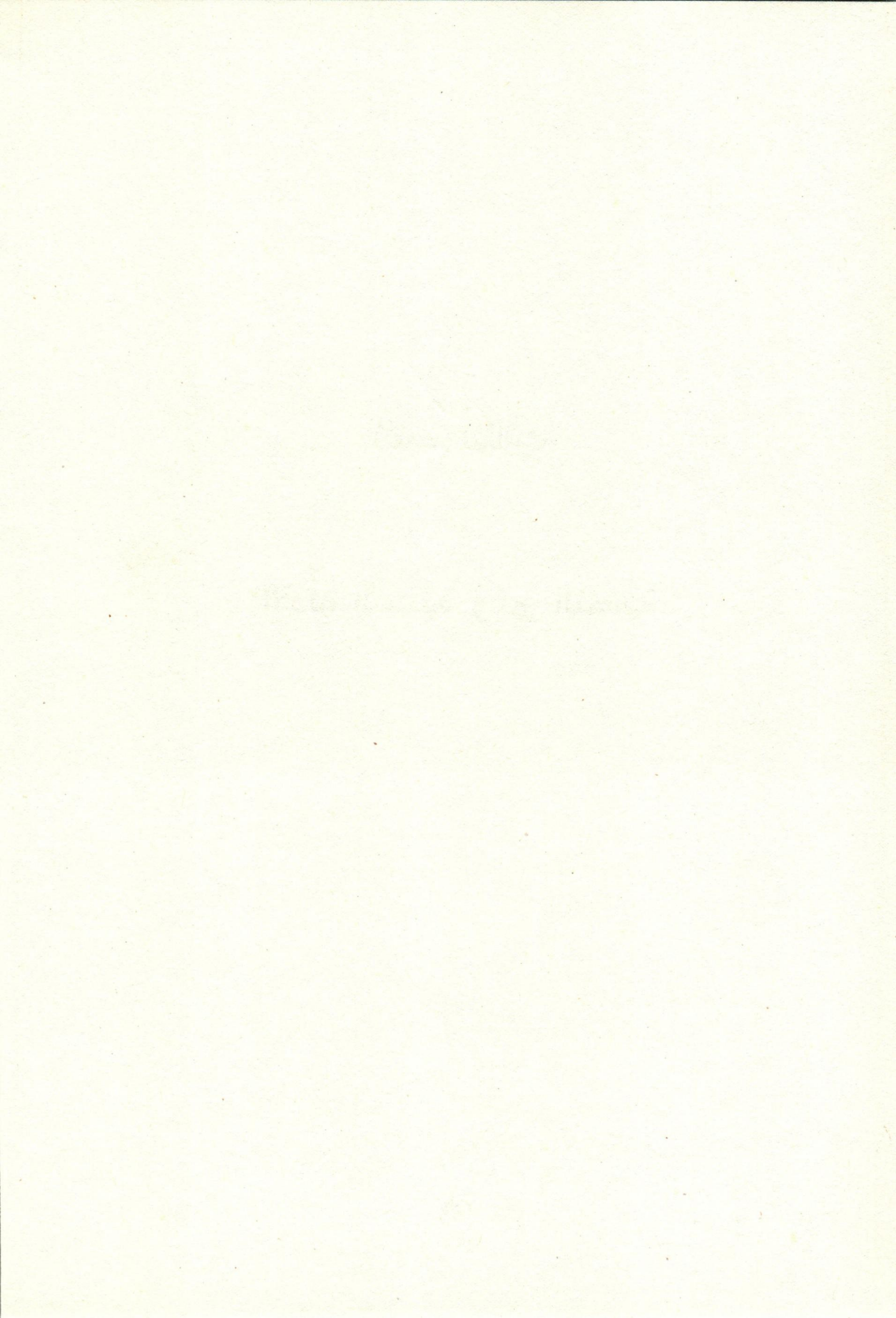
ويفرِّق بعض فقهاء الأحناف بين زنا الرجل وبين زنا المرأة، فيوجبون العقوبة الحديَّة على زنا الرجل دون المرأة، إذا حدث منهما بإكراه عليه، بناءً على أن زنا الرجل لا يصدر منه إلا عن طواعية واختيار.

ولا يفرِّق الجمهور هذا التفريق ويوجبون تخفيف العقوبة أو إسقاطها في جرائم الحدود بوجه العموم. وهكذا فإن الإكراه يُعَدُّ سببًا لإباحة الفعل المحرَّم في بعض الأحوال، على حين يُعَدُّ سببًا لتخفيف العقوبة أو رفعها في أحيانٍ أخرى.



القسم الثالث

الأدلَّة النصيَّة وغير النصيَّة



التمهيد: نظرية المصادر الأصوليّة

الأحكام الشرعية هي الثمرة التي يطلبها الفقيه لضبط العلاقات الاجتماعية والحكم على الأفعال الإنسانية لهؤلاء الذين يرجون تنظيم شؤون حياتهم الفردية والاجتماعية وَفْقَ المصادر والأصول الشرعية التي جاءت في القرآن الكريم والسُّنة النبوية الشريفة، وهذه الأصول هي الأُسس أو الأدلَّة التي تبيِّن الحكم الشرعي وترشد إليه.

وإذا كانت الأحكام هي الإجابة عن السؤال: ما القانون الحاكم في الموضوع محل البحث؟ فإن تحديد المصادر يجيب عن سؤالٍ آخر لا غنى عنه لأيِّ قانونيٍّ وهو: أين يوجد الحكم أو القانون في هذا الموضوع؟ ويشبه القانون بالتأكيد مجرى النهر، على حين تشبه المصادر البحيرات الطبيعية أو الجبال الشاهقة التي تحنو عليه وتغذيه على الدوام بالتدفُّق والحيوية، ما لم يوجد ما يحول بينهما، ويجدر أن نتلمَّس بعيدًا عن هذا المجاز الشائع نظريةً للمصادر تحدِّد العلاقات بين مكونات هذه المصادر التي تشبه الشجرة بفروعها من جهة، وبين القوانين والتشريعات التي تشبه الثمار الناتجة عن هذه الشجرة من جهة أخرى، في المجاز الذي بان عند الغزالي في هيكلة بنائه الأصولي.

وعلى سبيل التوضيح، فإن نظرية التعسُّف في استعمال الحق أو الظروف الطارئة من ثمار هذه الشجرة بالتأكيد، لكن يلزم تحديد الفرع الذي أنتجهما، مع لمح علاقة هذا الفرع بجذع الشجرة، فضلًا عن البحث في العوامل المعاونة التي ساعدت في هذا الإنتاج، وفي هذا المثال فلعل قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» المرتبطة بالأصل القرآني المتمثِّل في «العدالة»، التي تفرعت عنها القاعدة القرآنية الأخرى الخاصَّة بالمسؤولية، هو ما أنتج هاتين الثمرتين الطيبتين.

ومن المحتمل أن تكون علاقة التشريعات والقوانين بالمصادر علاقة تفسير لها، بما يستلزم أن تكون هذه التشريعات والقوانين متضمنةً في مصادرها، ومقصودةً لواضعها، دونما فرق بين التفسيرات القريبة المباشرة والبعيدة، ولن يكون دور الفقيه أو القاضي أكثر من دور الكاشف لما في هذه المصادر من مضامين، ويشبه الأمر في ذلك الكلام العادي؛ فقول الرئيس لمرؤوسه أن يشتري سيارةً لنقل عمّال مصنعه معناه أن يختار السيارة المناسبة للمقصود، وأن يتدبَّر الموارد المتاحة، وأن يفاوض بائعي السيارات على السعر وطريقة الدفع، ووقت التسليم ومكانه والخدمة المتاحة بعد البيع، وما إلى ذلك من تفصيلاتٍ متضمنة في هذا الأمر الموجز بالشراء، وهذا ما يميل إليه كثير من الأصوليين فيما يبدو من تعريفهم للاجتهاد بأنه الكشفُ عن الحكم الشرعي؛ فالمجتهد لا ينشئ حكمًا شرعيًّا، وإنما يكشف عنه؛ فكلُّ ما نزل بالمسلم من نوازل ففيه على سبيل الحقِّ دلالةٌ موجودة في النصوص، طبقًا لما أوضحه الشافعي في مقدمة رسالته.

وتستلزم إقامة علاقة التشريعات بالمصادر على أساس كون الأولى تفسيراتٍ للأخرى ترتيب المصادر المعترف بحجيتها ترتيبًا هرميًّا؛ لتنظيم عملها، وإحكام علاقاتها الداخلية. ولهذا يجوز تفسير المصلحة أو العرف أو التشريع والتقنين وأحكام القضاء لمفاهيم القرآن أو السُّنة، شريطة عدم التعارض مع هذه المفاهيم، بحكم اتخاذها جميعًا أماكنَ أقلَّ في الترتيب الهرمي الذي تعلوه التشريعات القرآنية.

ولا تساعد هذه النظرية التفسيرية في إدراك العلاقة بين التشريعات والمصادر على فهم المركز الذي احتلَّته بعض مقررات المذاهب الفقهية، والتي غدت مفاهيم مستجدة للتخريج عليها، والبناء على أساسها، مثل تحديد أقصى مدَّة الحمل والفقد التي انطلقت منها المذاهب في صياغتها لبعض أحكام التطليق والعدَّة والمواريث. وقد يرجع هذا التحديد بالدرجة الأولى إلى المفاهيم الطبيَّة والظروف المعرفيَّة السائدة أكثر مما يرجع إلى التفسيرات المعتمدة للمصادر المعتمدة.

وبهذا تنهض نظرية المصادر في تحديد علاقاتها الداخلية وعلاقاتها بما

نتج عنها من تشريعاتٍ وقوانينَ وأحكامٍ على أساسين: **أولهما** تفسيريٌّ وصفيٌّ (descriptive interpretive)، **والآخر** معرفيٌّ (ascritive cognitive)؛ لإلحاق مفاهيم مستحدثة يكفي لمشروعيتها ألَّا تتعارض مع المفاهيم الثابتة. ويفيد الأساس الأول أن بعض هذه المصادر يفسِّر بعضها الآخر، على حين يفيد الأساس الآخر قدرة بعض المصادر على إلحاق مفاهيم إضافية تعمل بقدرٍ من الاتساق والتوافق مع المفاهيم التي أقامتها النصوص.

لقد عُني الأصوليون القدماء بالبحث في علاقة القرآن بالسُّنة، ووضعوا المفاهيم التي أثبتها القرآن في أعلى قمَّة الترتيب الهرمي للمصادر، وأثبت الطوفي للمصلحة حجيَّة موازية لحجيَّة النصوص، بمعنى قدرتها على إضافة مفاهيم حادثة ومستقلة.

وإذا انتقلنا إلى توضيح علاقة المصادر بالتشريعات، كمجلة الأحكام العدلية على سبيل المثال، فالإجمال أن الكثير من المفاهيم التشريعية المتضمنة فيها مجرَّد تفسيراتٍ مباشرة أو غير مباشرة للمصادر المعتبرة، كما أن بعضها الآخر مما هو ملحق بها، كقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان ونوع القضايا، وكقاعدة رفع حكم الحاكم للخلاف، وكالقواعد المتعلِّقة بالتقادم والأحكار، مما هو مستفاد من تجارب المجتمع والعمل القضائي. وتصلح الكفاءة في الزواج والتفريق في القتل بين المباشر والتسبُّب للدلالة على هذا النوع من المفاهيم التشريعية التي تمثِّل إضافات معرفية جديدة، تتناسق مع المفاهيم الأساسية، وتنطلق منها إلى أحكامٍ إضافية جديدة تتعلَّق بتحديد عناصر الكفاءة، وحق الأولياء فيها، والفسخ والنسب، وكذا العقوبات والضمانات.

وقد تناول الشاطبي العلاقة بين المصادر أو الأدلة وأحكام الفروع في إطار العلاقة بين الكليات والجزئيات، وهو ما يعني أن الفروع متضمنة في الأصول؛ إذ «ليس فوق الكليات كليٌّ تنتهي إليه، بل هي أصول الشريعة، وقد تمت... فهي الكافية في مصالح الخلق عمومًا... وإذا كان كذلك، وكانت هذه الجزئيات مستمدَّة من تلك الأصول الكليَّة، شأن الجزئيات في كل نوعٍ من أنواع الموجودات، فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلَّة الخاصَّة من الكتاب والسُّنة والإجماع والقياس؛ إذ محال أن تكون

الجزئيات مستغنيةً عن كلياتها»[1]. ويؤكِّد هذا النظر تناسق النظام التشريعي بمفرداته المختلفة، مما يعوز النُّظُم التشريعية المطبَّقة في بلادنا إن صحَّ اعتبارها نظمًا تؤسِّس لعدالة حقيقية.

وقد يكفي هذا القدر في لفت النظر إلى أهمية البحث عن صياغة أكثر تماسكًا لنظرية المصادر الأصولية، وترتيب العلاقات المتعدِّدة بين مكوناتها.

(١) التناول الأصوليُّ للمصادر:

مبحث مصادر الأحكام الشرعية من المباحث الأربعة الأساسية التي درج الأصوليون على الاهتمام بتناولها. ويُعَدُّ كتاب «الرسالة» للإمام الشافعي كتابًا في بحث هذه المصادر لتحديدها وبيان مراتبها واستبعاد ما لا يريده منها في إطار نظريته الأصولية، مما يظهر - على سبيل المثال - في توجيه معظم طاقته وأكثر صفحات كتابه للانتصار للسُّنة ضد من أرادوا التقليل من أهميتها. ولم يصدر الأصوليون بعده في تناولهم لهذا القسم عن إطار عامٍّ، أو مبادئ فنيَّة تتجه إلى الفقيه والمفتي والقاضي بما يساعده في عمله في البحث عن الحكم الشرعي. وسنرى أنهم تناولوا ما تناولوه من قضايا عند بحثهم هذه المصادر لأسبابٍ جدليَّة في معظمها مما أثارته الخلافات بين المذاهب الفقهية، ولا يكفي الاعتماد على ما ذكروه عند تحليل منهجهم في تناول هذه المصادر، وإنما يلزم الالتفات كذلك إلى ما تركوه. ويكفي أن نذكر هنا أن الغزالي يتخلَّى عندما يتناول ربع الأدلَّة عن عادته في التقديم لما يتناوله بمقدمة تكشف عن مقصوده، ونراه يقفز مباشرةً إلى رصد الأدلَّة المعتمدة في مذهبه. ولا يختلف الأمر عن ذلك في المؤلفات الأصولية الحديثة التي احتذت حذو «المستصفى».

لقد أولى الأصوليون الأدلَّة الشرعية قدرًا كبيرًا من اهتمامهم - فيما يمكن استنتاجه - لعدَّة أسبابٍ من بينها:

(١) الدفاع عن وجوب الاعتضاد بالأدلة الأساسية في وجه هؤلاء الذين ينكرونها، وهذا هو سبب اللجوء إلى هذا الأسلوب الجدليِّ في الحجاج

---

(١) الموافقات (٤/ ١٧٣) وما بعدها.

والانتصار لكل دليلٍ فيما تحتشد به كتب الأصول وتتداوله. ولم يتوقف هذا الدفاع أبدًا في القديم والحديث رغم انقشاع الغبار واحتدام معارك أكثر ضراوةً تخوضها المجتمعات المعاصرة في بحثها عن العدالة، غير أن الأصوليين المحدثين غير مدربين على خوض هذه المعارك الحادثة؛ ولذا اكتفوا بترديد الحجج السابقة بمفرداتها المألوفة، دون وعي منهم بالسياقات التي وجدت فيها.

(٢) تحديد مراتب هذه الأدلة في استنباط الحكم الشرعي منها وتفسيرها عند التعارض بينها. وقد فرضت السعي إلى هذا التحديد الحاجةُ من الناحية النظرية إلى إقامة نظامٍ تتماسك مصادره في ترتيبٍ ييسِّر البحث عن الحكم الشرعي، وقد مسَّت الحاجة منذ البداية إلى تحديد مراتب هذه الأدلة طبقًا لما يفيده حديث معاذ، وهو ما استند إليه الأصوليون القدامى والمحدثون كذلك. غير أنه يلزم الالتفات إلى أن الترتيب الهرمي الذي يحتلُّ فيه القرآن والسُّنة والإجماع والقياس مراتبَ متتاليةً قد طرأ عليه شيء من التعديل أحيانًا؛ ذلك أن النصوص كانت مصادر مباشرة للحكم القضائي في فترة تطوُّر الفقه الأولى؛ ولذا فقد كان القضاة والخلفاء يبحثون عن حكم السُّنة فيما يعرض لهم من قضايا، فقد جاءت الجدَّة تلتمس ميراثها من أبي بكر فقال: «ما لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سُنَّة رسول الله ﷺ شيئًا، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله أعطاها السدس، فقال: هل معك غيرك، فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبة، فأنفذه لها». وفي هذا رجع أبو بكر إلى سُنَّة النبيِّ على نحو مباشر، وأجَّل الفصل في القضية ريثما يتمكَّن من هذا الرجوع بسؤال الصحابة.

ومن هذا القبيل في الميراث أيضًا أن أبا موسى الأشعري سُئل عن ابنة وابنة ابن وأخت، فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود، فاسأل ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النبيُّ: للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين، وما بقي فللأخت». وهكذا يرجع ابن مسعود إلى سابق قضاء النبيِّ ليقضي به مباشرةً، ويعدل عن رأي أبي موسى على هذا النحو الذي رأيناه.

أما في العصور التالية، وبعد نشأة المذاهب الفقهية، فقد أصبح القضاة يستندون إلى مصادر مباشرة أخرى، هي الرأي الراجح في المذهب الذي يستندون إليه، فأصبح القضاة في البلاد التي تطبّق المذهب الحنفي ملتزمين بالرأي الراجح في هذا المذهب بعد أن جرى تصنيف الآراء التي عبَّر عنها فقهاء هذا المذهب إلى راجح ومرجوح، وتمثَّل المصدر المباشر لأحكام القضاة والمفتين طبقًا لذلك في آراء علماء المذهب وما اعتبروه راجحًا من هذه الآراء، على حين ظلَّت أحكام القرآن الكريم والسُّنة النبوية والإجماع هي الأصول التي قامت عليها هذه الآراء الراجحة. وهذا هو الذي دفع بعض علماء المذهب الحنفي إلى القول بأنه إذا خالفت الآية من القرآن قولَ علماء المذهب فيجب حملها على النَّسْخ أو التأويل.

وقد ورد في أصول الكرخي ما يؤكِّد ترتيب المصادر التي يرجع إليها القضاة والمفتون في استنباط الحكم الشرعي ومعرفته على هذا النحو المختلف عمَّا كان عليه الحال أيام الصحابة، وعبارة الكرخي في هذا فيما يلي:

١ - الأصل أن الحادثة إذا وقعت ولم يجد المسؤول فيها جوابًا أو نظيرًا في كتب أصحابنا، فإنه ينبغي له أن يستنبط جوابها من غيرها، إمَّا من الكتاب أو السُّنة.

٢ - الأصل أن كل آية تخالف قول أصحابنا، فإنها تُحمل على النَّسْخِ أو على الترجيح، والأولى أن تُحمل على التأويل من جهة التوفيق.

٣ - الأصل أن كل خبر يجيء بخلاف قول أصحابنا، فإنه يُحمل على النَّسْخ، أو على أنه معارض بمثله، ثم صار إلى دليلٍ آخر، أو الترجيح فيه بما يحتجُّ به أصحابنا من وجوه الترجيح، أو يحمل على التوفيق؛ وإنما يفعل ذلك على حسب قيام الدليل، فإن قامت دلالة النسخ يحمل عليه، وإن قامت الدلالة على غيره صرنا إليه[٢].

٤ - الأصل أن الحديث إذا ورد عن الصحابي مخالفًا لقول أصحابنا،

---

(٢) تأسيس النظر للدبوسي، طبعة دار ابن زيدون، (بدون تاريخ)، وملحق به أصول الشاشي، ص١٦٨ وما بعدها.

فإن كان لا يصحُّ كُفينا مؤنة جوابه، وإن كان صحيحًا في مورده فقد سبق ذكر أقسامه (أي الحمل على النسخ والتأويل)، إلا أن أحسن الوجوه وأبعدها عن الشبه أنه إذا ورد حديث الصحابي في غير موضع الإجماع أن يحمل على التأويل أو المعارضة بينه وبين صحابيٍّ مثله[3].

ومن هذا يتضح مدى الجهد الذي بذله الكرخي في سوقه هذه الأصول المتضافرة لإعادة ترتيب مصادر الأحكام وَفْقَ أولويات مذهبه.

وفيما بعد أصبحت التقنينات والمنشورات والفرمانات مصادرَ مباشرةً لعمل القضاة وتحديد الأحكام الواجب العمل بها، ولعل مجلة الأحكام العدلية من أهم ما يعبِّر عن هذا المصدر.

وكانت السوابق القضائية مصدرًا له حجيته هو الآخر في عمل القضاة. ويعبِّر العمل الفاسي بقوةٍ عن اعتراف النظرية الأصولية الإسلامية بهذا المصدر في التعرف إلى الحكم الشرعي الواجب التطبيق.

وظلَّ العُرف مصدرًا ذا طبيعة ثانوية في احتكام القضاة إليه حسبما يأتي توضيحه فيما بعد. وقد حظي هذا المصدر باعتراف الأصوليين المحدثين[4] وتقديرهم، فأفردوا له حيزًا مناسبًا ضمن الأدلة الشرعية.

ومن هذا كلِّه يتضح أن النظرية الأصولية لم تتسع لبيان جميع المصادر التي قبِل الفقهاء والقضاة والمفتون العمل بها واعترفوا بإسباغ الحجيَّة عليها في التطبيق الواقعي.

وقد دأب الأصوليون على تناول مصادر بعينها، ولم يتناولوا أدلةً لها أهمية عملية - كالتخيُّر من الآراء الفقهية - إلا على نحوٍ عرضيٍّ، ووقع الكاتبون المحدثون أسرى هذا التناول القديم، فلم يتعرضوا في سردهم الأدلة الشرعية للتقنين على الرغم من أهميته الفائقة وتغلغله في مجالات الأحوال الشخصية وغيرها.

---

(٣) تأسيس النظر للدبوسي، ص١٧١.

(٤) يرجع الفضل في اعتبار العرف ضمن الأدلة الشرعية إلى عبد الوهاب خلاف حسبما يأتي توضيحه.

إن تعرف القاضي المسلم إلى الحكم الشرعي - في مجالات الأحوال الشخصية على سبيل المثال - يتمُّ من خلال الرجوع للتقنينات وآراء الفقهاء والأصول الشرعية العامَّة المتضمنة في القرآن الكريم والسُّنة النبوية وإجماع الفقهاء، وعلى النظرية الأصولية الحديثة أن تتسع لكل هذه المصادر، وأن تناقش مدى حجيَّة كلٍّ منها وعلاقته بغيره.

(٢) معنى الدليل:

الدليل في اللغة هو: المرشد والهادي، فدليل القوم مرشدهم وهاديهم إلى مقصودهم. وهو في اصطلاح الأصوليين: ما يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوبٍ خبريٍّ. فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] يرشد القاضي ويهديه إلى الحكم الواجب فيما لو عرضت عليه قضية قتل توافرت فيها شروط القصاص. وهذه الآية دليلٌ في المفهوم الأصولي، لإمكان التوصُّل بالنظر فيها وفهمها إلى الحكم الشرعي. والعرف دليلٌ هو الآخر للتوصُّل بالنظر فيه ومتابعته إلى الحكم الشرعي. فلو أودعه سيارةً لحفظها فتركها في الشارع حتى أفسدها التراب والصدأ، كان للقاضي أن يحكم بالضمان إذا رأى أسلوب الحفظ مخالفًا للعرف في ذلك. فقد دلَّ العرف القاضي على الحكم الواجب، والمطلوب الخبري هو الحكم بالضمان والتعويض في هذا المثال.

وينطبق هذا أيضًا على التقنين المستمدِّ من الشريعة الإسلامية وعلى آراء الفقهاء بالنسبة إلى المقلد. غير أن اشتمال تعريف الدليل على قيد التوصُّل للحكم «بصحيح النظر» يستبعد مثل هذه الأدلَّة التي لا يتوافر فيها هذا القيد بالمعنى الأصولي للدليل؛ لأن «صحيح النظر» خاصٌّ بالمجتهد ولا قدرة للمقلِّد عليه.

ويقيِّد بعض الأصوليين الدليل بما يفيد القطع في الدلالة على الحكم الشرعي، أما إن أفاد الظنَّ في الدلالة على الحكم الشرعي فإنه يكون أمارةً لا دليلًا.

(٣) الدليل الشرعي والعقلي:

ينقسم الدليل بحسب مصدره إلى أن يكون دليلًا مصدره الشرع ويعتمد على النقل في تحصيله، وإلى أن يكون دليلًا مصدره العقل، وإلى أن يكون دليلًا مركبًا منهما.

أما الدليل الشرعي فالكتاب والسُّنة والإجماع وشرع من قبلنا؛ لأن كلًّا من ذلك يعتمد على النقل ولا يفتقر إلى النظر والعقل للحكم بحجيتها، رغم أنه لا تنافي بين هذه الأدلة وبين ما يرشد إليه العقل الصحيح.

وأما الدليل العقلي فهو الذي يرجع إلى النظر الإنساني ومناهج التفكير والمنطق. من ذلك القول في الدلالة على حدوث العالم: العالم مؤلَّف، وكلُّ مؤلَّفٍ حادثٌ؛ فيلزم عنه العالم حادث. ومن الدليل العقلي المعارف البديهيَّة والضروريَّة والحسيَّة التي تقوم على التجربة والملاحظة.

أما المركَّب منهما فهو الذي يتألَّف من الدليل العقلي والشرعي، كقولنا في الدلالة على تحريم النبيذ: النبيذ مسكر، وكلُّ مُسكر حرامٌ لقوله ﷺ: كل مسكر حرام؛ فيلزم عنه النبيذ حرام.

وأكثر الأدلة المستخدمة في الفقه من هذا النوع؛ لأن كلَّ واحدٍ من العقلي أو الشرعي مُفتقِرٌ إلى الآخر لا يستغني عنه؛ لأن الاستدلال بالمنقولات لا بدَّ فيه من النظر، كما أن الرأي لا يعتبر شرعًا إلا إذا استند إلى النقل.

(٤) الأدلَّة القطعيَّة والظنيَّة:

تنقسم الأدلة بالنسبة إلى إفادتها اليقين والظنَّ من حيث السند أو النقل والدلالة إلى الأنواع التالية:

(١) **أدلَّة قطعيَّة من حيث السند والدلالة**، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ [النور: ٤]. وإنما كانت الآية قطعيَّةَ السند؛ لأن القرآن كلَّه مرويٌّ بطريق التواتر، والتواتر معناه رواية جمعٍ

عن جمعٍ يمتنع في العادة اتفاقهم على الكذب، أو الاشتراك في الخطأ. وهذه الآية تفيدُ القطع في الدلالة على عقوبة القاذف بثمانين جلدةً؛ لأن كلمة ثمانين لا تحتمل غير الدلالة على هذا العدد، ومعنى قطعي الدلالة إفادة المعنى المطلوب على نحوٍ لا يحتمل غيره.

(٢) **أدلَّة ظنيَّة من حيث السند والدلالة**، وذلك كأخبار الآحاد التي لا يتعيَّن مدلولها في معنًى واحدٍ لا يحتمل غيره. من ذلك نهي النبيِّ ﷺ عن بيع المرء ما ليس عنده، فقد يُحمل على المنع من بيع مِلك غير المعيَّن، كبيع سيارة الجار؛ وقد يُحمل على بيع المرء ما لا يملكه عمومًا، كبيع مائة إردب من القمح ليست في مخازن البائع، وهو ما وردت إباحته في عقد السلم، وهو بيع شيء مؤجَّل التسليم مع قبضِ ثمنه في الحال، بأدلَّة مخصوصة. وإنما لا تفيد اليقين هذه الأخبار المرويَّة عن طريق آحاد الرواة الذين لم يبلغوا مبلغ التواتر لاحتمال كذب الراوي أو خطئه، ويُظن صدق الراوي فيما يبلغه إذا اجتمعت فيه شروط العدالة والضبط، لكنه مجرَّد ظنٍّ غالب يترجَّح معه الصدق على الكذب والضبط على الخطأ.

(٣) **أدلَّة قطعيَّة من حيث السند ظنيَّة من حيث الدلالة**، وذلك كآيات القرآن الكريم التي لا تدلُّ بنفسها على معنًى واحدٍ لا يُحتمل غيره، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فالآية قطعيَّة السند لتواترها، ولكنها تدلُّ على احتساب مدَّة العدَّة للمطلَّقة بثلاثة قروء، وكلمة قروء (مفرد قرء) من المشترك، وتُستخدم في معنى الحيض أو الطهر، فإذا حملناها على معنى الحيض كانت عدَّة المطلَّقة ثلاث دوراتٍ شهرية من تاريخ الطلاق، وإذا حملناها على معنى الطهر كانت عدتها بالفترات التي تعقب الحيض، وقد أخذ بكلٍّ من هذين الاحتمالين بعض الأئمَّة.

(٤) **أدلَّة ظنيَّة من حيث السند قطعيَّة من حيث الدلالة**، من ذلك ما تمسَّك به الأحناف فيما روي مرفوعًا من قوله ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين» أي النخل والعنب، فهذا الحصر قطعيٌّ في الدلالة على أن الخمر لا تُتَّخذ مما سوى البلح والعنب، وهذا الحديث لم يثبت ثبوت المتواتر حتى رفض الاستدلالَ به جمهور الفقهاء. وقوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها

ولا على خالتها» واضحٌ في الدلالة على تحريم الجمعِ في الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها، غير أن الحديث من أحاديث الآحاد.

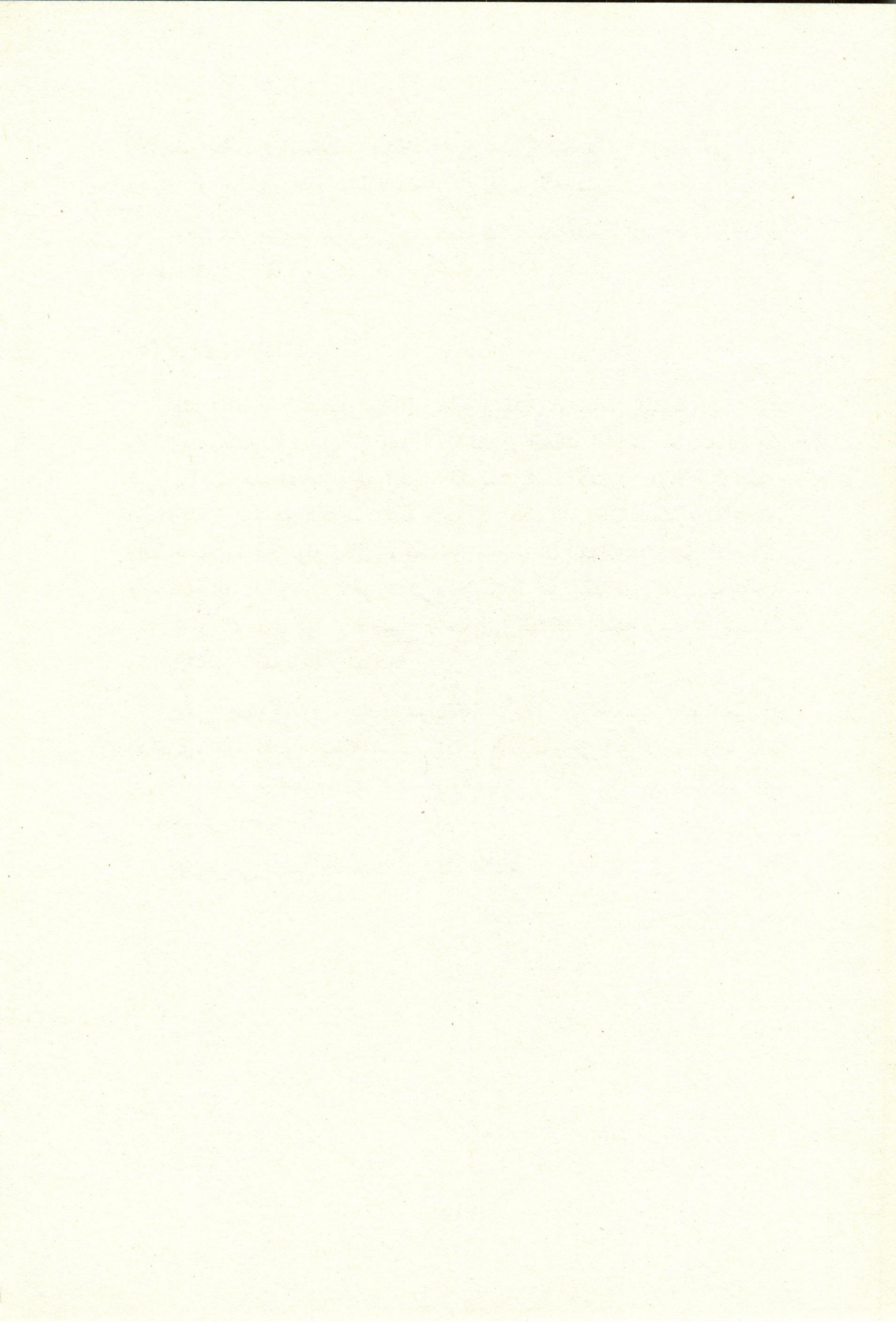
ومن هذا يتضح تنوُّع مراتب الأدلَّة من حيث قطعيَّة الثبوت والدلالة أو ظنيتهما على ما تقدَّم من ذكر هذه الأقسام.

(٥) مراتب الأدلَّة:

تتنوَّع الأدلة الشرعية إلى أدلة نقلية وعقلية، وتشتمل النقلية على القرآن والسُّنة، ويصلح كل دليلٍ من هذه الأدلة لظهور الحكم الشرعي به ومعرفته منه. غير أن أصل هذه الأصول هو القرآن الكريم، يقول الآمدي: «والأصل فيها - أي الأدلة - إنما هو الكتاب؛ لأنه راجعٌ إلى قول الله تعالى المشرِّع للأحكام، والسُّنة مخبِرة عن قوله تعالى وحكمه». ومعناه أن القرآن هو أصلُ الأصول؛ لأنه كلامُ الله عزَّ وجلَّ، وهو المشرِّع للأحكام. أما السُّنة فهي تفسير له وإخبار عنه بعبارة الرسول ﷺ. والإجماع راجعٌ إلى القرآن والسُّنة لاستناده إليهما، وكذا القياس والمصلحة والعرف.

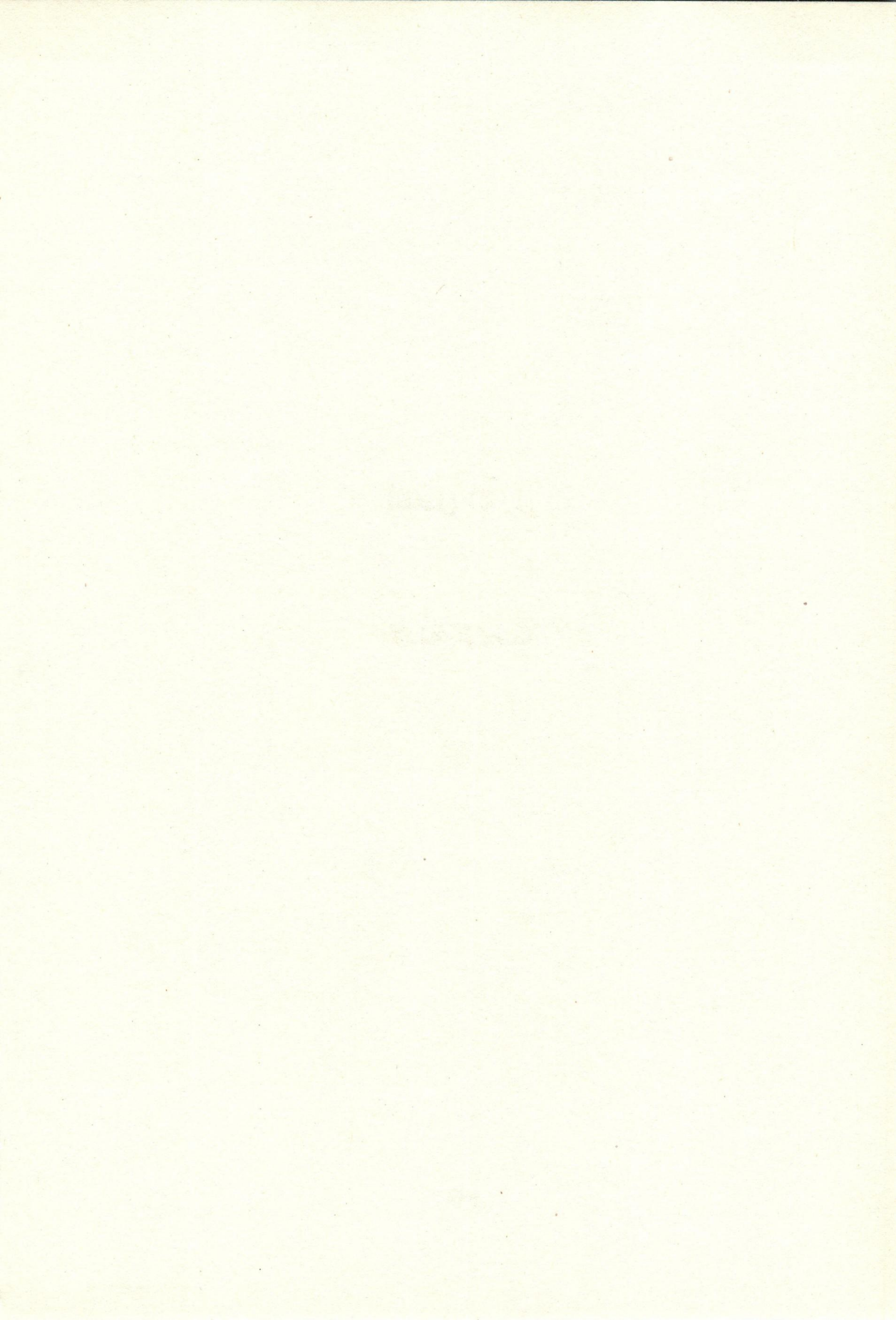
ومن جهة أخرى، فإن القرآن هو الأصلُ في حجيَّة هذه المصادر الأخرى، فقد ثبتت حجيَّة السُّنة بالأمر المتكرِّر في القرآن بوجوب طاعة الرسول، كما ثبتت حجيَّة الإجماع والقياس والأدلة الأخرى بالقرآن أيضًا حسبما يأتي توضيحه.

وفيما يلي تفصيل الحديث عن هذه الأدلة.



الفصل الأول

الأدلَّة النصيَّة



المصدر الأول: القرآن الكريم

تقديم عام:

يستشعر القارئ للقرآن تدفُّق هذه الروح التي تصل الإنسانَ بالملكوت الأعلى، وإن كان يضمُّ بين دفتيه عددًا من المبادئ القانونية والأخلاقية اللازمة لبناء الدولة والمجتمع والأسرة والإنتاج. ثم كان أن أمدَّت هذه المبادئ المسلمين بهذه الحيويَّة البالغة الأثر في تطوير نظامهم التشريعي الذي كان أفضلَ ما أنتجته حضارتهم. ولم تشهد العصور الوسطى حتى مشارف العصر الحديث - فيما يشير إليه يوسف شاخت[1] - نظامًا آخر يضاهيه في إقرار العدل والإنصاف أو يتفوَّق عليه.

وإذ يؤكِّد القرآن على حفظ القيم الإنسانية الثابتة من العدالة والنفور من الظلم والتعدي والمسؤولية الفرديَّة والعامَّة والتكسُّب والحرية الدينية والتسامح، فإنه يدفعنا في الوقت نفسه إلى التقدُّم والفلاح والتحضُّر ورد العدوان والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد تكفَّلت هذه الدعائم الأساسية وما يمثِّلها بحفظ الأمن وتيسير الحياة وتنظيم العلاقات في ربوع الدولة الإسلامية التي استمرت قرونًا عديدة، وبهذا أقام القرآن دينًا ودولةً يعيش فيها المسلم وغيره دون تفرقةٍ فيما ينبغي أن تكون عليه الحقوق والواجبات.

وقد نجح الفقهاء والأصوليون أحيانًا في استشراف معاني العدل المؤكَّدة في القرآن من أوجه عديدة، وفي إقامة العديد من النُّظُم التشريعية. ويؤكِّد

---

(١) Joseph Schacht, 1982, An Introduction to Islamic Law, p. (92).

محمد إقبال أن: «دارس التاريخ الإسلامي يعرف جيدًا أن حوالي نصف انتصارات الإسلام كقوة اجتماعية وسياسية كانت ترجع إلى الدقَّة التشريعية لهؤلاء الفقهاء»[٢]. وقد تبدَّلت هذه الانتصارات إلى انتكاسات، وتغيَّر الواقع، في ظروف العصر الحديث، مما يستوجب مراجعة أصول المنهج التشريعي القرآني على ضوء تدافع الواقع المتغيِّر. وهذا ما سأحاوله في الصفحات التالية.

(١) التناول الأصولي:

يتناول قدماء الأصوليين والمحدثون منهم جملة مسائل بعينها عند حديثهم عن هذا المصدر الذي يتفقون ومعهم الحق في استناد المصادر الأخرى إليه، سواء بالنظر إلى حجيتها أو مفاهيمها الأساسية. وتكاد تنحصر هذه المسائل على النحو الذي نجده لدى الغزالي - على سبيل المثال - في أكثر من ثلاثين صفحةً من «المستصفى» فيما يلي:

- تعريف القرآن الكريم وأنه «ما نُقل إلينا بين دفتي المصحف على الأحرف السبعة المشهورة» وأنه كلام الله.

- إعجازه الذي يشمل سوره وآياته، والاستدلال على ذلك من القرآن نفسه، مما يتناول في العادة ضمن مباحث علوم القرآن.

- حجيته المستندة إلى نقله بالتواتر، ورد رأي بعض الروافض في إخفاء بعض الصحابة الآيات التي تضمَّنت النصَّ على إمامة عليٍّ، مما يثيره الخلاف المذهبي، ولا يستدعيه النظر الفقهي.

- إثبات الخلاف في اعتبار البسملة في أوائل السور آية من آياته، وإطالة الجدال في ذلك، مما استدعاه الخلاف المذهبي.

- رفض الاحتجاج بالقراءات الشاذة المنسوبة لابن مسعود.

---

(٢) محمد إقبال، تجديد الفكر الديني في الإسلام، ترجمة محمد يوسف عدس، مكتبة نور، ص٢٨٠.

- الاستدلال بالقرآن على كونه عربيًّا لا يشتمل على ألفاظٍ غير عربية، والخلاف في ذلك.

- اشتمال ألفاظ القرآن على الحقيقة والمجاز والمحكم والمتشابه، وتطرق التأويل إلى متشابهه.

- التعريف بالنَّسْخ، وإثباته على منكريه بأدلةٍ استغرقت عددًا كثيرًا من الصفحات(٣).

ولا تختلف المؤلفات الأصولية الحديثة في تناول المسائل ذاتها التي قد لا تفيد القاضي والمفتي والمتشرِّع في رحلة البحث الشاقَّة عن الحكم الشرعي؛ فهذا هو الدكتور وهبة الزحيلي - على سبيل التمثيل - لا يفلت عند تناوله المصدر الأول - وهو القرآن - مسألةً واحدةً من المسائل التي عالجها الغزالي، وبلغته وأدلته ذاتها بوجه العموم. ومع ذلك، فقد استشعر الحاجة إلى تناول التشريعات القرآنية، وإن جرى تناوله إيَّاها على نحوٍ مضطربٍ اختلطت معها الأخلاقيات والاعتقاديات، كما تكررت المعاملات والمعاملات المدنية عند تفريعه لما تشمله «أحكام القرآن».

والمعيار الذي فرض تناول هذه القضايا المتضمنة في «المستصفى» وما تلاه، هو اشتداد الخلاف بين الاتجاهات الأصولية والكلامية والفقهية في أكثر هذه المسائل، حتى فرضت وجودها في الفضاء الثقافي العام، وبات تناول الأصولي القديم لها أمرًا ضروريًّا، ثم تابعهم المحدثون عند الحديث عن هذا المصدر، دونما سبب يدعو إليه.

ويدلُّ احتشاد كلٍّ من «**المستصفى**» للغزالي و«**أصول الفقه**» للزحيلي على انشغال الأصوليين القدامى والمحدثين في بيانهم للدليل الأول - وهو القرآن - بمسائل كلامية وجدلية لا تكشف عن القيمة التشريعية المعجزة لهذا الأصل، ولا تساعد الفقيه والقاضي أو المشرِّع المعاصر على استلهام التشريعات القرآنية في البحث عن العدالة التي أوجبها هذا الأصل.

---

(٣) المستصفى (١/ ٨٠-١٠٥).

والمعيار الذي يجب أن يحكم تناول موضوعات هذا المصدر في أصول الفقه هو دور هذا المصدر في التشريع الإسلامي، فيجدر التعرف في هذا الإطار إلى طبيعة التشريعات القرآنية وخصائص هذه التشريعات ومجالاتها وكيفيات تفسيرها. أما القضايا الجزئية الخلافية كاعتبار البسملة آيةً أو دخول ألفاظٍ مجازية أو غير عربية في القرآن، فيلزم تناولها في مجالها المناسب لها من فروع الفقه والبلاغة والتفسير.

وسأقتصر هنا في تناول هذا المصدر على القواعد العامَّة المتعلِّقة بتوضيح دور هذا المصدر في التشريع الإسلامي، على أن أقدِّم لذلك بمقدمةٍ توضِّح دور القرآن في التشريعات العربية والإسلامية الحديثة.

(٢) القرآن في تشريعات البلاد الإسلامية الحديثة:

تقرِّر المادة الأولى في الدستور السعودي أن القرآن والسُّنة هما دستور المملكة. وتوجب المادة (٢٢٧) من الدستور الباكستاني (١٩٧٣م) وجوب إخضاع القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لما توجبه أحكام القرآن والسُّنة، بحيث لا تتضمَّن أية مخالفة لما توجبه هذه الأحكام. وتوجب المادة الرابعة من الدستور الإيراني تأسيس التشريعات المدنية والجنائية والاقتصادية والإدارية والسياسية والثقافية والعسكرية وغيرها وَفْقَ ما توجبه المعايير الإسلامية. ولا تبتعد أكثر الدساتير العربية عن الاعتراف بالمكانة الرفيعة للمفاهيم القانونية القرآنية.

ورغم أن هذا الاعتراف بحاجة إلى مزيد تتبُّع لتعميقه، بتحديد الإجراءات الواجب اتباعها لفرضه، وتحديد أبعاده وما يوجِبه، فالذي يثبته التاريخ أن الفضل للقرآن في إعلاء شأن العدالة بأبلغ بيان وأوجزه، واعتبارها ميزان الفصل في الخصومات والحكم بين الناس: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، فضلًا عن إقامته هذه العدالة على أسسٍ مفصلة ضمنت للمجتمعات الإسلامية التماسكَ والاستقرار عبر الأجيال والقرون، وما تزال الكثير من التشريعات، بل والمصطلحات التي أجدَّها القرآن عصيَّة على الاستبعاد، رغم محاولات التغريب التشريعي الشرسة.

(٣) التعريف بهذا المصدر:

درج الأصوليون على ذكر تعريفٍ للقرآن يشير إلى خصائصه أكثر من أن يعرِّف به، فالقرآن أشهر من أن يُعرف. ومن هذه التعريفات قولهم بأن القرآن هو كلامُ الله المعجز المنزَّل على رسوله ﷺ بلفظه العربي ومعناه المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلًا متواترًا. ويفيد هذا التعريف تميُّز القرآن الكريم بالخصائص التالية:

(١) القرآن من جنس الكتب المنزَّلة من لدنِ الله عزَّ وجلَّ، غير أنه يتميَّز عنها في أنه الكتاب المحتجُّ به في الشريعة الإسلامية.

(٢) نزل القرآن الكريم بلفظه ومعناه، وهو الوحي المتلو المتعبَّد بتلاوته المعجز بلفظه ومعناه، بخلاف السُّنة، فإن معناها من الوحي ولفظها من عند الرسول ﷺ، ولا يُتعبَّد بتلاوتها.

(٣) القرآن الكريم منقول إلينا نقلًا متواترًا، أي رواه عن الرسول جمعٌ كبير من الصحابة لا يمكن اتفاقهم على الكذب أو الخطأ، واستمرَّ هذا التواتر في النقل جيلًا بعد جيل؛ ولذا فإن القراءات الشاذة التي لم يتواتر نقلها ليست قرآنًا.

(٤) القرآن معجز في نظمه ومعناه وفي تشريعاته التي تتميَّز عن التشريعات البشرية في الضبط والصياغة والعدالة ومراعاة المصالح، ويكفي تدبُّر تشريع الزكاة التي كانت أول تشريعٍ يعترف بحقِّ الفقير في أموال الأغنياء، وكذلك آيات المواريث في سورة النساء، لمعرفة هذا الإعجاز التشريعي للقرآن الكريم. ويظهر هذا الإعجاز أكثر ما يظهر في سموِّ تشريعاته التي يتضمنها عند مقارنتها بالتفكير القانوني.

(٤) طبيعة التشريعات القرآنية:

تتسم التشريعات القرآنية بالخصائص التالية:

(١) لا تتجاوز آيات الأحكام في القرآن من حيث العدد خمسمائة آية في

تقدير عددٍ كبير من العلماء. أما من حيث الموضوعات التي تتناولها هذه الآيات فتتنوَّع تنوعًا كبيرًا، حيث تشمل تنظيم علاقة الفرد بالخالق (العبادات)، وعلاقة الفرد بغيره داخل الأسرة (الزواج والطلاق والميراث والنَّسب والتبنِّي)، وعلاقة الفرد بغيره في المجتمع (المعاملات)، وعلاقة الفرد بالدولة، والدولة بغيرها من الدول في أحوال السلم والحرب. وباختصار، فإن القرآن قد عُني بوضع التشريعات التي يحتاجها أيُّ مجتمعٍ ينشد التحضُّر والرقي لتنظيم العلاقات فيه.

(٢) تتسم هذه الأحكام التي تناولها القرآن بالعموم والشمول لكلِّ ما يحتاجه المسلم في تنظيم حياته وَفْقَ ما يريده الشارع. وهذا هو معنى قوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ تِبْيَـٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ [النحل: ٨٩]، وقوله: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِى ٱلْكِتَـٰبِ مِن شَىْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨]. ويستنتج الشافعي من هاتين الآيتين وما يماثلهما أساسًا مهمًّا من أُسس نظريته الأصولية، هو بعبارته: «كل ما نزل بمسلم ففيه حكمٌ لازم وعلى سبيل الحقِّ فيه دلالةٌ موجودة». ويقول: «فليس تنزل بأحدٍ من أهل دين الله نازلةٌ إلا وفي كتاب الله الدليلُ على سبيل الهدى فيها».

وأساس هذه النظرية الأصولية التي عبَّر عنها الشافعي وتابعه فيها مَنْ بعده من الأصوليين أن القرآن قد بيَّن أحكام الوقائع والنوازل والمشكلات التي يواجهها الفرد أو المجتمع، وذلك إما بالنصِّ على هذه الأحكام بشكل مباشر، أو بالإحالة إلى ما يبيِّنها وهي السُّنة، وإما بتحديد المبادئ العامَّة وطلب الاجتهاد في إطار هذه المبادئ للوصول إلى التفصيلات المطلوبة.

(٣) تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام بالإيجاز الشديد مع توافر الدقَّة والوضوح، لإحداث التأثير المطلوب، بإثبات قواعده في الذاكرة الجمعية. ولذا اجتهد الفقهاء في استنباط حكم تشريعيٍّ من إيثار القرآن استخدام كلمةٍ دون غيرها أو حرفٍ أو إسناد فعلٍ إلى فاعلٍ أو غير ذلك مما لا يلتفت إليه كبار المتخصِّصين إلا بمشقَّة بالغة. من ذلك أن الفقهاء استنتجوا وجوب تمليك المستحقين للزكاة أنصبائهم بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱلْعَـٰمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠]؛ إذ تفيد اللام معنى التمليك؛ ولذا فإنه لا يحقُّ للمزكي - طبقًا لهذا الرأي - إنشاء مصنعٍ بأموال الزكاة على أن يكون ريعه

لأصناف المستحقين؛ إذ يشترط أن يملكوا أعيان الواجب لهم دون منفعته. ولو وجب على شخصٍ ألف جنيه زكاة لم يجز له أن يضعها في مشروعٍ وينفق ريعها على المستحقين، ولا تبرأ ذمَّتُه مما وجب عليه إلا بإخراج هذا الواجب وتمليكه إلى مستحقيه، وإنما استنبط الفقهاء هذا الحكم من إيثار القرآن التعبير باللام في قوله: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾.

وقد استنبط الأحناف حقَّ المرأة البالغة الكاملة الأهليَّة في تزويج نفسها من دون وليِّها من إسناد النكاح إليها في قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ومعناه أن المطلَّقة ثلاثًا لا تحلُّ لمطلِّقها إلا إذا تزوجت غيره، والفاعل في قوله: ﴿تَنكِحَ زَوْجًا﴾ ضمير مستتر تقديره هي، فلزم من ذلك في تقدير علماء المذهب الحنفي أن للمرأة الحقَّ في تولِّي عقد زواجها بنفسها، ولا يُشترط قيام وليِّها بالتعاقد عنها.

(٤) تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام في القرآن بالتركيز على القواعد الكليَّة التي تندرج تحتها التفصيلات والفروع، من ذلك التعبير عن مبدأ حرية التعاقد ووجوب الوفاء بالعقد بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والتعبير عن حفظ حقوق الملكيَّة بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. ولا يخفى تنوُّع المضامين التشريعية لهذين المبدأين اللذين يعبِّران عن روح النظام التشريعي الإسلامي كلِّه.

ومن هذا أيضًا تأكيد الالتزام بالعدالة في آياتٍ عديدة حتى أوجب القرآن عدمَ التأثُّر بالخصومة أو العداوة في الانحراف إلى الظلم وعدم العدل، وذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨]. ويلفت القرآن أنظارَ المسلمين كذلك إلى وجوب عدم التأثُّر بقرابة أو صداقة أو اتجاه فكريٍّ في الانصراف عن العدل، فالواجب أن يكون المسلمون قوَّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسهم أو والديهم أو أقربائهم، كما أن عليهم ألَّا ينتصروا لأحدٍ على غيره لفقر أو غنى.

وفي الزواج تأتي هذه القاعدة: «إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» لتشكيل أساس العلاقة التي وصفها القرآن بأنها علاقةٌ تقوم على المودَّة والرحمة.

وتأتي قاعدة القصاص في العدوان على البدن الإنساني بالقتل أو الجرح لتحدِّد أساسَ العقوبة في هذه الجرائم إذا كانت على وجه التعمُّد، أما إذا كانت على وجه الخطأ فلا يشير القرآن إلا إلى الواجب المالي لتعويض المجني عليه وأسرته بالدية.

وقد ترتَّب على هذه الطريقة في الصياغة عدَّة نتائج، منها:

- الحفاظ على ما هو ثابت فيما تقتضيه الحياة الإنسانية من مبادئ لا تقبل التغيير؛ كحرمة الملكيَّة الخاصَّة، ووجوب الوفاء بالعهود، ومنع الضرر، وإيجاب القصاص في الجنايات.

- إفساح المجال أمام التغيير في تفصيلات الحياة الاجتماعية المتغيِّرة، كإلحاق مستحدثات التعامل بما يلائمها من القواعد، وقد أدرك فقهاء الصحابة منذ البداية أهمية القياس في إلحاق أحكام المشكلات التي جدَّت عليهم بالقواعد الثابتة المنصوص عليها.

وفي هذا يقول ابن القيم: «الأحكام نوعان: نوع لا يتغيَّر عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمَّة؛ كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدَّرة بالشرع على الجرائم ونحو هذا، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضِع عليه. والنوع الثاني: ما يتغيَّر بحسب اقتضاء المصلحة له زمانًا ومكانًا وحالًا، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوِّع فيها بحسب المصلحة، وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثيرٍ من الناس الأحكام الثابتة اللازمة التي لا تتغيَّر بالتعزيرات التابعة للمصالح وجودًا وعدمًا»[٤].

- تحقَّقت للنظام التشريعي الإسلامي هذه المرونة التي اكتسبها في التطبيق العملي في ظروفٍ زمانية ومكانية بالغة التعقيد والتنوُّع بفضل التركيز في الصياغة على القواعد الكليَّة وفتح الباب للاجتهاد في مواجهة الظروف المتغيِّرة والإفادة من الخبرة الإنسانية وتطوُّر التفكير.

---

(٤) إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان لابن القيم، تحقيق: محمد عزير شمس، نشر: دار الفوائد، مكة، (١٤٣٢هـ)، (١/ ٥٧٠).

ولعل المثال الذي ذكره ابن القيم في موضوع الحدود والتعزيرات أن يوضِّح هذه الحقيقة؛ ذلك أن الشارع قد حدَّد العقوبة في مجالاتٍ معيَّنة، وترك للقاضي ولوليِّ الأمر تقدير العقوبة في مجالات التعزيرات بما يتيح للمجتمع مواجهة الجرائم المستحدثة والإفادة من تطوُّر التفكير الإنساني في مواجهة الجريمة والحفاظ على المصالح الاجتماعية. وإذا كان التعزير يتيح للقاضي النظرَ في ظروف الجاني وأحواله واختيار عقوبة تناسبه، فمن الممكن الاستفادة بما حقَّقه الفكر الجنائي في اتجاه تفريد العقوبة لاسترشاد القاضي في تحديد العقوبة التعزيرية المناسبة.

(٥) القصص القرآني والتشريع:

لا تنحصر التشريعات القرآنية في هذه المبادئ الصلبة الآمرة أو الناهية، وإنما ينبغي تلمُّسها كذلك في القصص القرآني، سواء في الصراع بين شخصيات هذه القصص أو في تطوُّر أحداثها، وفي تفاصيل هذه الأحداث، وفي المغزى أو المعنى الذي تعبِّر عنه.

وعلى سبيل التوضيح، فإن شخصية فرعون لا ترمز إلا إلى الاستبداد المذموم الذي يتضمَّن على الدوام الاستخفاف بالمحكومين وعدم احترامهم أو تقدير مصالحهم، على حين ترمز شخصية ملكة سبأ إلى نظام حكمٍ مختلف يقوم على الشورى ويحقِّق الرفاهية، ويختلف دور الأعوان في النظامين؛ إذ يتلقَّى هامان الأوامر البعيدة عن العقل والمنطق، على حين يدعون في مملكة سبأ إلى التفكير وإبداء الرأي والمشورة اللازمة للقطع في الأمور كلِّها.

وتعبِّر أكثر مواقف الصراع في هذه القصص عن معانٍ قانونية مقبولة أو مرذولة: إذ يدور الصراع بين شعيبٍ وقومِهِ حول التطفيف والبخس في الكيل والوزن. ويشتدُّ الصراع في قصة أصحاب الأخدود حول حرية العقيدة وما لاقاه أهل الإيمان من بطشٍ وتنكيل، وتقدير الموقف البطولي للمعارضة، واستهجان موقف خصومهم. وهذا الدفاع الذي قدَّمه إخوة يوسف مقرونًا باليمين الحاسمة عندما اتُّهِموا بسرقة صواع الملك بأنهم لم يرتكبوا هذه الجريمة، وليسوا من المفسدين. وقد بانت فعالية عقوبة المقاطعة الجماعية في قصة الثلاثة الذين

خُلِّفوا حتى ضاقت عليهم الأرض بما رحبت، بما يشبه العقوبة بالحرمان من تولِّي الوظائف مؤقتًا أو مؤبدًا. ويبدو التنفير من القتل بإظهار تفاهة الدافع إليه، وأنانية القاتل ووحشيته وضحالة تفكيره بالقياس إلى الغراب الذي كان رفيقًا بجثة أخيه المتوفَّى، وهو ما أوجب في الشرع اعتبار قتل نفسٍ واحدة قتلًا للناس جميعًا، واعتبار إحياء نفسٍ واحدة إحياءً للبشرية جميعها. وقد ترمز قصة آدم إلى وجوب الالتزام بالقانون مهما كانت مغريات مخالفته. وقد أفادت قصة زواج موسى معاني عدَّة، من بينها أن الأب فهم اهتمام البنت بالزواج من موسى ورضاها به من إشارتها باستئجاره، ومدحها فيه، والحق في اشتراط وليِّ الزوجة نيابةً عنها شروطًا واجبة الوفاء في العقد. وتدلُّ حيلة أخذ الضغث لتجنُّب الحنث على جواز التحيُّل في القانون عند الاضطرار إليه. وترمز شخصية قارون إلى شخصية الغني الأناني الذي يكبِّل ماله الوفير بالمفاتيح الثقال عن أداء دوره الاجتماعي، ويعزو مثل كثير من الأغنياء سبب غناه إلى قدراته الخاصَّة وعلمه، ولم يكن لهذا الظلم من نتيجة سوى الدمار الشامل.

وتدور قصص القرآن في مجملها حول مبدأ العدل، حيث ينتصر أصحاب الحق في النهاية، ويلقى الظالمون مصيرهم البائس الذي يستحقونه، طبقًا للسُّنن والقوانين الكونيَّة التي فطر الله الناسَ عليها. وقد تعرض يوسف لظلمٍ كبيرٍ في محاكمة غامضة انتهت بسجنه رغم القرائن الجازمة ببراءته الواضحة الَّتي بانت آخر الأمر بإقرار الشاكية التي اتهمته.

ومن جهة أخرى، فإن صياغة العديد من المصطلحات التشريعية في سياقات هذه القصص قد وجدت طريقها إلى العمل الفقهي والقضائي، مثل الجعالة والإجارة والرضاعة. وقد يرجع الشكل الحواري السائد في رسالة الشافعي إلى فنيات الحوار المعتمدة في القصص القرآني.

والسؤال الذي تلزم الآن إجابته هو: إلى أيِّ مدى بلغت إفادة الفقهاء والقضاة من القصص القرآني عند البحث عن أحكام المسائل والقضايا التي عرضت لهم؟ هناك بالتأكيد هذه الإفادة المباشرة التي تظهر - على سبيل المثال - في التعليل لمشروعية الجعالة، أو الوعد بجائزة في الاصطلاح القانوني، بموقف ضياع الصواع في قصة يوسف، والإعلان عن المكافأة الكبيرة (حمل

بعير) في زمن القحط لمن يأتي به. ويشبهه الاستدلال على تحمُّل شيء من الجهالة في تسمية المهر بالاتفاق بين موسى وصهره على أجرة عمله ثماني أو عشر سنوات. وظهر الاستدلال بهذه المسألة كذلك عند النظر الأصولي في حجيَّة العمل بشرعِ مَن قبلنا. أما وجه الإفادة غير المباشرة، فيتمثَّل في استقرار هذه القصص بشخوصها وأحداثها وحواراتها والدروس التي تؤكِّدها في الوعي الجمعي، وفي الثقافة العامَّة المؤثرة في تشكيل المبادئ الأخلاقية. فقد أوضحت قصة الإفك حرمة إشاعة الفاحشة في المجتمع، ووجوب الظنِّ الحسن بأفراده إلا إذا جدَّ ما يغيِّره.

وإجمالًا، فقد اشتمل القصص القرآني على العديد من المبادئ التشريعية والأخلاقية التي استلهمها الفقهاء والقضاة في عملهم، وأثرت في وعي الناس، مما جاء منها على نحو مباشر أو غير مباشر.

(٦) أسلوب القرآن في مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة:

لم يعمد القرآن إلى أسلوب الهدم الكامل للأوضاع الاجتماعية السائدة في المجتمعات الإنسانية وفي الجزيرة العربية عند نزوله، وإنما اتبع أسلوبًا مزدوجًا من الإقرار للأوضاع الاجتماعية التي لا تتناقض مع الأصول الأخلاقية والاعتقادية التي ألزم بها أتباعه من جهة، والهدم للأعراف التي تتناقض مع هذه الأصول من جهة أخرى.

ويوضِّح ذلك من الزواج الإبقاء على الخطبة ونوع الزواج الدائم الذي يقوم على الاستقرار والمودَّة مع هدم كل صور العلاقات الأخرى، مثل البغاء ونكاح الأخدان أو تعدُّد أزواج المرأة الواحدة. وفي الميراث لم يكن للنساء حقُّ الإرث في المجتمع العربي قبل الإسلام، فهدم القرآن هذه الأعراف وأثبت لهنَّ الحقَّ فيه. ولم يكن يحقُّ للمرأة تملُّك المال في بعض المجتمعات، فجاء القرآن بما يؤكِّد أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في الحقِّ في الاكتساب للمال، أي العمل، وفي التملُّك، طبقًا لقاعدة: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُوا۟ ۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ﴾ [النساء: ٣٢].

وقد عالج القرآن موضوع انتشار الثأر في المجتمعات القَبليَّة عن طريق إثبات الحقِّ في القصاص وتقييد تعلُّق هذا الحقِّ بالجاني المسؤول مسؤولية شخصية عن القتل أو الجرح، وهذا هو ما تفيده قاعدة: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] لتمنع مسؤولية القبيلة أو الأسرة كلها عمَّا يجنيه أحد أفرادها، وهو الأساس الذي تقوم عليه قاعدة الثأر، حتى لا تَزِر وازرةٌ وِزْرَ أخرى.

وقد ركَّز القرآن في إحداث التغيير في الأوضاع الاجتماعية السائدة وقت نزوله على غرس المبادئ الخُلقية والاعتقادية التي أتت مفاهيمه القانونية والتشريعية ترجمةً لهذه المبادئ الأساسية في المجتمع ببيان الحقوق والواجبات المترتبة عليها.

ولذا نجد أن «معظم المفاهيم الأساسية والحيوية التي يقوم عليها أيُّ مجتمعٍ متحضِّر يعبِّر عنها القرآن فيما يشبه أن يكون إلزامًا خلقيًّا، فالرحمة بالضعاف ونفي الغبن في المعاملات التجارية وعدم الميل والحيف في تحقيق العدالة، كل هذه المفاهيم ترد في القرآن باعتبارها معايير السلوك المطلوبة»(٥).

وقد استمرَّ اجتهاد الفقهاء في العصور المختلفة لإخضاع أعراف التعامل في المجتمعات الإسلامية لهذه المبادئ الأخلاقية والاعتقادية التي جاء بها القرآن بقبول ما يتفق مع هذه المبادئ ورفض ما يخالفها، مما يظهر التأثير العظيم والقبول العام لهذه المبادئ.

(٧) مبنى المفاهيم التشريعية القرآنية على العدالة:

المفاهيم التشريعية القرآنية مفاهيمُ كليَّة مجملة وعامَّة تندرج تحتها الجزئيات والتفصيلات التي بيَّنتها السُّنة النبوية، كما تتأسَّس عليها المفاهيم التي ألحقها الفقهاء بها، عن طريق الأدلَّة والمعايير التي جرى الاتفاق على حجيتها. وإذ تأتي العدالة في قمَّة الترتيب الهرمي لهذه المفاهيم، فإن الأمر

---

(٥) كولسون، تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة الدكتور محمد أحمد سراج، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٤٠هـ/٢٠١٨م)، ص٨ وما بعدها.

بالصلح في المنازعات الخطيرة بين بعض فئات المجتمع، والإلزام بالقسط في أحوال البغي طبقًا لما أوضحته سورة الحجرات؛ من التفريع على قاعدة العدالة، والتوضيح لها، حيث لم تكن الظروف العملية هي التي استدعت هذا التفريع أو التوضيح. ولهذا فلا ضرورة في التعويل دائمًا على أسباب النزول لفهم القاعدة التشريعية القرآنية؛ إذ العِبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، طبقًا للقاعدة الأصولية.

والذي يظهر لي من كثيرٍ من الأدلَّة أن أكثر التشريعات القرآنية - إن لم يكن أغلبها - مبنيَّة على العدالة التي ورد الأمر بها بلفظها إيجابًا في أكثر من ثمانية وعشرين موضعًا من القرآن، وبمرادفاتها وأضدادها لتوضيح معنى هذا المفهوم الجديد على العقل العربي، مما يرد في الأمر بالقسط، والنهي عن الظلم والجور والتعدي، في أكثر من ثلاثمائة وخمسين موضعًا من القرآن. أليس شرع القصاص مبنيًّا على وجوب العدل؟ وأليس النهي عن الرشوة وأكل أموال الناس بالباطل وبغير رضا أصحابها قائمًا على العدل أيضًا؟ وأليس إعطاء المرأة حقها في الكسب والتملُّك مما توجبه العدالة كذلك؟ ثم ألا تطلُّ العدالة كذلك في تشريع الخلع الذي تتنازل فيه الزوجة عمَّا أخذته من زوجها لقاء تفريقها؟ وكذا فإن النهي عن عضل الأولياء النساء أن ينكحن أزواجهنَّ من الظلم المنافي للعدالة، ومسؤولية الشخص عمَّا يفعله، مع عدم مسؤوليته عن فعل غيره من العدل. ومنه الأمر بتبيُّن وجه الحق في النزاعات، وتوثيقه بالشهادة والكتابة والرهن مما جاء في آية المداينة. ومن جنس ذلك شرع الحق في دفع المعتدي، دون مجاوزة هذ الحق أو التعدي في ذلك، ومنه أيضًا إيجاب الدفاع عن المستضعفين، وشرع الزكاة، وإباحة الضرورات المحظورات في غير بغي ولا عدوان.

وقد تضمَّن القرآن مفاهيمَ عامَّة ترسِّخ العدالة وتؤكِّدها، كالإحسان الواجب إلى الجيران والأقارب واليتامى والضعفاء في المجتمع، والحرية الدينية والشورى والكرامة الإنسانية، والحق في الاختلاف، وحق السعي في الأرض والانتشار في طلب الرزق، وما إلى ذلك من هذه المبادئ الراقية المحقِّقة للعدالة، والتي لا يمكن استقصاؤها في هذا الحيِّز.

ويتناغم السعي إلى السلم والإلزام بالمعاهدات مع الأمر بإقامة العلاقات مع الغير الذي لم يقترف عدوانًا في حقِّ الأمَّة على أساسٍ من البرِّ الذي عرَّفه القرآن تعريفًا مطولًا. ولا يبعد عن ذلك أن يخيِّر القرآن في معاملة الأسرى بين أمرين لا ثالث لهما، وهما: المنُّ أو الفداء.

ويبدو التأكيد على حرية العقيدة من المبادئ القرآنية القاضية بأن حساب كل واحدٍ عند ربِّه، وأن من اهتدى فإنما يهتدي لنفسه، وليس الرسول نفسه جبَّارًا أو مسيطرًا على أحد، وإنما هو مبلِّغ عن ربِّه ورحمةٌ للعالمين؛ ولذا جاء الأمر بالإعراض عن الجاهلين الذين قد تبدر منهم الإساءة للرسول أو الإسلام، كما أتت قاعدة «لا إكراه في الدين» متناسبةً مع هذه المبادئ جميعها.

وكذا جاء تحريم الميسر والربا في القرآن لمجافاتهما الواضحة ما توجبه العدالة؛ ففي الربا تكليف المدين بدفع زيادة عمَّا أخذ، وقد يخسر المقامر ماله كلَّه، مما يؤدي إلى ظلمه وظلمِ أسرته. ولن يؤدي الكنز المحرَّم والاحتكار إلا إلى الظلم واستنبات أنشطة اقتصادية طفيلية معوقة لتحرير العلاقة بين العرض والطلب. ولا ينصرف هذا التعبير المجازي ﴿أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ ۝٨﴾ [الرحمن: ٨] إلى مجرَّد إقامة التوازن والعدالة في العلاقات الإنسانية فحسب، بل يشمل كذلك إقامة التوازن بين عناصر الحياة والكون بأسره.

وهدفي هنا أن ألفت النظرَ إلى جوهر التشريع القرآني الذي يقوم على العدالة المفتقَدة في البلاد الإسلامية المعاصرة، مما يستوجب التفات التيارات السياسية جميعها إلى العمل على إعادة استنباتها، والاصطفاف حولها مرةً أخرى، باستلهام أسسها القرآنية.

وأهمُّ أسس العدالة القرآنية فيما يمكن استنباطه أن هذه العدالة معقولةُ المعنى، يمكن للتفكير الإنساني أن يفهم المصالح والغايات المقصودة منها، وهذا ما لفت الشاطبي النظر إليه في بداية الجزء الثاني من موافقاته، حين أوضح أن أحكام الشرع مبنيَّة على عللٍ معقولة المعنى، وقوله في ذلك: «والمعتمد أننا استقرينا من الشريعة أنها وضِعت لمصلحة العباد استقراءً لا ينازع فيه الرازي ولا غيره؛ فإن الله تعالى يقول في بعثة الرسل وهو الأصل: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥]،

وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]»[٦]. وقد يدلُّ هذا على أساسٍ آخر للعدالة القرآنية، وهو أنها الأساسُ لتحقيق مصالح الناس التي استقرأها الغزالي والشاطبي وغيرهما ليحصروها في الأقسام الثلاثة المعروفة، وهي: الضروريات، والحاجيات، والتحسينات.

(٨) إعمال هذه المفاهيم وتطبيقها:

تظلُّ المبادئ حبيسةَ النظر المجرَّد إلى أن ترتطم بالواقع فتتشكَّل بملامحه، وتتلاقح معه، وتكتسب الحياة العملية، وهو ما حدث في عهد النبوَّة؛ حيث بدت بعض الأحكام القضائية التي أصدرها النبيُّ ﷺ مجرَّد تطبيقٍ لمبادئ العدالة القرآنية.

وعلى سبيل التوضيح، فإن النبيَّ ﷺ قد حكم في قضية إفلاس معاذ المعروفة بتعيين من يحصي أمواله، لبيعها وقسمة أثمانها بين غرمائه، مع إنظاره بباقي ما عليه إلى حين ميسرته، تطبيقًا لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، رافضًا طلبهم تسليمه إليهم، مثلما كان هو السائد في نُظُمٍ قانونية معاصرة. ولا يعدو جهد الرسول هنا فهم الآية وتطبيقها.

وقد اختلف الأمر فيما رواه مسلم عن أبي هريرة: «أنه ﷺ مَرَّ بصُبْرةِ طعام فأدخل يَدَهُ فيها، فنالت أصابعه بللًا، فقال: يا صاحب الطعام ما هذا؟ فقال أصابته السماء، فقال: هلَّا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، مَنْ غشَّ فليس مني»، حيث كان عليه أن يسند فعل هذا التاجر المخالف لما يوجبه العدل، ويلحقه بالمبدأ القرآني الملائم. ويسَّر له وصفه بالغشِّ أن يلحقه بصورةٍ قاسيةٍ بصور أكل أموال الناس بالباطل المنهيِّ عنها في القرآن؛ ولذا قرَّر أن فاعله يكاد يخرج عن الجماعة (لا عن الملَّة)؛ لأن فعله هذا يناقض مصلحتها.

لقد كانت العدالة القرآنية هي المنصَّة العالية التي انطلقت منها العديد من المبادئ التي أقرَّها النبيُّ ﷺ في قضائه، من ذلك فيما رواه البخاري وغيره أنه ﷺ قد أوجب ألَّا يقضي القاضي وهو غضبان، كما بيَّن أن قضاء القاضي

---

(٦) الموافقات (٢/ ١٢) وما بعدها.

كاشفٌ عن الحق وليس منشئًا له، فيعلن أن مَنْ قُضي له من حقِّ أخيه بشيء فلا يأخذه، فإنما يقتطع له قطعة من النار. ويردُّ حكم القاضي إذا قضى بجور، ويلزم الاحتياط للحقوق، ووعظ القاضي لخصومه، وعرض الصلح عليهم.

ولم يختلف الأمر زمن الصحابة والتابعين، حيث استمرت العدالة هي النور الذي يضيء أحكامهم؛ فالحكم بقتل الجماعة بالواحد في قضية المرأة اليمنية، وتشريك الإخوة الأشقاء الذين لم يبقَ لهم شيء من التركة، لإرثهم بالتعصيب، مع الإخوة للأُم في فرض الثلث؛ لم يكن إلا استنادًا للعدالة. وكذا كان رد شُّهادة شهود تربطهم بالمدَّعين علاقة قرابة أو مصلحة مشتركة أو عداوة مما توجبه العدالة. ولا أجد فيما رواه ابن أبي شيبة فيما يتعلَّق بجواز تقبُّل الخياط ثمنًا بأجر ودفعه إلى آخر بأقل منه إن بذل جهدًا أو دفع لهذا الآخر خيطًا أو ما أشبه أساسًا سوى الاستناد إلى العدالة(٧).

ويجدر التنبيه إلى ظهور الاستحسان في هذه الظروف التي اشتدَّ فيها السعي لإقامة نظام للعدالة. أما القياس فقد تأخَّر ظهوره إلى ما بعد الاستقرار على أصولٍ تُتخذ للبناء عليها ومدها إلى فروع جديدة. وأسهم ظهور المذاهب الفقهية في تكثيف الاعتماد على القياس بدل الاستحسان والعدالة. وهذا هو ما ينبغي فهم عبارات الكرخي السابقة الذكر على ضوئه.

(٩) حجيَّة القراءات:

يرى الجمهور أن القراءات المتواترة للقرآن هي التي يُحتَجُّ بها وحدها في استنباط الأحكام، فلا يُعتَدُّ لهذا في استنباط الأحكام بالقراءات الشاذة التي انفرد بها أحد الصحابة. من ذلك أن ابن مسعود قد انفرد بوصف التتابع في آية كفارة اليمين: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ

---

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب: البيوع والأقضية، ولفظه: حدَّثنا جريرٌ عن مُغِيرةَ، عن حَمَّادٍ، عن إبراهيم، قال: «لا بَأْسَ أن يتقبَّل الخيَّاطُ بأجْرٍ معلومٍ يقبلها بدون ذلك بعد أن يعرفها بشيءٍ أو يقطع، أو يُعطيه سُلوكًا وَإبَرًا، أو يَخِيطَ فيها شيئًا، فإنْ لم يعرفها بهذا أو بشيءٍ منه فلا يأخذنَّ فَضْلًا».

﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، وقراءة ابن مسعود في ذلك: فصيام ثلاثة متتابعات. ومفاد هذه القراءة أن مَنْ حنث في يمينه ولم يفِ به ولم يكن قادرًا على إطعام المساكين العشرة أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فإن عليه أن يصوم ثلاثة أيامٍ متتابعاتٍ غير متفرقاتٍ.

ولم يأخذ الجمهور بما تفيده هذه القراءة بناءً على أنها ليست من القرآن لعدم تحقُّق التواتر فيها فلا يُحتَجُّ بها، وخالف في هذا علماء المذهب الحنفي ورأوا الاحتجاج بهذه القراءة، بناءً على الزيادة التي انفردت بها القراءة الشاذة (التتابع)، وأنها إن لم يثبت كونها قرآنًا فلا أقلَّ من أن تكون خبرًا عن الرسول.

ويردُّ الجمهور هذا الاستدلال بناءً على أن «التقسيم غير حاصر»؛ إذ لا يقتضي نفي كون هذه القراءة من القرآن ثبوت كونها من السُّنة؛ إذ يحتمل «أن يكون التتابع رأيًا لابن مسعود لدليلٍ دلَّه عليه واحتمل أن يكون خبرًا، وما تردَّد بين أن يكون خبرًا أو لا يكون فلا يجوز العمل به»[٨].

ولا يجد المرء عناءً كبيرًا لإدراك أن الخلاف المذهبي هو مبعثُ الإبقاء على هذه القاعدة في مجال أصول التشريع؛ لندرةِ ما يترتَّب عليها من فروعٍ سوى هذه المسألة المذكورة والمختلف فيها بين الأحناف وغيرهم؛ ولذا فإنَّ الواجب نقلها إلى مجال علوم القرآن، حتى يجري تناولها في سياقها الملائم لها، وهو السياق الخاصُّ بجمع القرآن وروايته.

(١٠) عربيَّة ألفاظ القرآن:

دلَّ القرآن الكريم على نزوله بلسانٍ عربيٍّ مُبين، فقال تعالى: ﴿نَزَلَ بِهِ ٱلرُّوحُ

---

(٨) الإحكام للآمدي، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، نشر المكتب الإسلامي، (١٤٠٢هـ)، (١/ ١٦٠)؛ وتيسير التحرير لأمير بادشاه (٣/٦)، والبحر المحيط للزركشي (٢/ ٢٢١)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (١/ ٢٩٩)، ونفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي (٧/ ٣٠٥٠)؛ والبرهان للجويني (١/ ٢٥٧)، وإرشاد الفحول للشوكاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى (١٩٩٩م)، (١/ ٨٥).

ٱلْأَمِينُ ﴿١٩٣﴾ عَلَىٰ قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ ٱلْمُنذِرِينَ ﴿١٩٤﴾ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ ﴿١٩٥﴾﴾ [الشعراء: ١٩٣-١٩٥]، ويقول: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا لَّعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿٢﴾﴾ [يوسف: ٢].

ولا خلاف في كون القرآن عربيًّا، وأنه نزل بلغة العرب؛ ولهذا يُفهم وَفْقَ قواعد هذه اللغة وما كان يفهمه أهلُه منها في عصر التنزيل. ولهذا المبدأ أهمية كبيرة في تحديد قواعد تفسير النص القرآني؛ إذ يجب اتباع قواعد اللغة العربية على مستوى المعجم والصرف والنحو والبلاغة عند التصدِّي لتفسير نصوص القرآن.

وحتى لا يختلف فهم القرآن باختلاف العصور والتطوُّر اللغوي، فقد التفت الأصوليون إلى وجوب فهم القرآن وتفسيره في ضوء ما كانت عليه دلالات ألفاظه وقت نزوله، وإلا اختلف فهمه وتفسيره باختلاف العصور ومراحل التطوُّر اللغوي في دلالات الألفاظ ومعانيها وتدرُّج اللغة وتطوُّرها على مستوى النحو وطرق التعبير. وهذا هو الذي نبَّه إليه الشافعي في رسالته وأعاد التنبيه إليه الشاطبي، حيث يرتِّب على عربية القرآن وجوبَ فهمه وَفْقَ معهود اللغة العربية في ألفاظها ودلالاتها.

ويترتَّب على كون القرآن عربيًّا نتيجة أخرى، هي أنه لا يُترجم ولا ينقل إلى لغةٍ أخرى، وإنما تُترجم معانيه وتنقل مدلولاته وتفسيراته. ولذا ينفي ابن قتيبة إمكان الترجمة في القرآن، ورأى أن ما يُنقل منه إلى لغةٍ أخرى نوع تفسير وبيان لمعانيه بهذه اللغة، وهو ما أخذ به الشاطبي كذلك، وقد أخذ بهذا الاتجاه (Arberry) في ترجمته لمعاني القرآن، حيث عنونَ لهذه الترجمة: Quran Commented.

ومع ذلك، فقد ذهب بعض الأصوليين إلى الانتصار لاشتمال القرآن على ألفاظٍ أعجمية غير عربية، وينبِّه الآمدي إلى أن هذا هو مذهب ابن عباس وعكرمة وأن غيرهما قد نفى هذا الرأي وخالفه. ويحتجُّ المثبتون لاشتمال القرآن على ألفاظٍ غير عربية بوجود كلمة «مشكاة» فيه وهي هندية، و«استبرق» وهي فارسية، و«قسطاس» وهي رومية، كما يحتجُّ هؤلاء بأن القرآن جاء لجميع الناس كافةً بشيرًا ونذيرًا، فلا مانع من اشتماله على لغاتهم.

أما النافون فيردون كون الكلمات المذكورة من أصولٍ غير عربية ويثبتون

لها أصلًا عربيًّا، ويفسرون وجودها في غير اللغة العربية بأنه من قبيل «اشتراك اللغات المختلفة في بعض الكلمات، وهو غير ممتنع»[٩].

ويبدو لي أن الآمدي قد عمد إلى تحوير الخلاف بعض الشيء حتى يكتسب هذا التقابل المنطقي (النفي، الإثبات) المناسب للشكل الجدلي الذي درج عليه المؤلفون في تناولهم لمسائل علم أصول الفقه فيما بعد القرن الخامس الهجري، فإنه لا دليل على أن ابن عباس وعكرمة قد عنيا برأيهما اشتمال القرآن على ألفاظٍ غير عربية، لم تدخل في لغتهم ولا يفهمون معانيها، ولا يستخدمونها عند نزوله، ولا دليل كذلك على أن الآخرين الذين نفوا وجود ألفاظٍ غير عربية أنهم يقصدون نفي الأصل الأعجمي لبعض الكلمات المستخدمة في القرآن.

ولا يبعد أن تكون سيطرة هذا القالب الجدلي الذي ينحو إلى إبراز الخلاف، بل ويتتبعه على الدوام، بوضع الآراء المكونة له في وضع التناقض والتقابل، هي السبب في تناول مسائل بعينها، مما لا ثمرة له في العمل الفقهي والأصولي. ولذا يغلب على هذا التناولِ البحثُ في الخلافيات أكثر من البحث عمَّا له ثمرة.

ويضع الشاطبي مسألة اشتمال القرآن على عددٍ من الألفاظ ذات الأصول الأعجمية وضعًا مختلفًا، ويرى أنه لا فرق في الواقع بين المثبتين والنافين من جهة أن هذه الألفاظ قد عُربت وصارت منتسبةً إلى اللسان العربي بدخولها في كلام العرب واستعمالهم لها وفهمهم لمعانيها. ويدلُّ على أن هذه الألفاظ قد صارت من اللسان العربي أن العرب لا تدعها على حالتها التي كانت لها في اللسان المنقول منه، وأنها تغيِّر فيها حتى تجعل حروفها موافقةً لحروف لغتها في المخارج والصفات. وينفي الشاطبي أن يكون القرآن قد أخذ كلماتٍ لم تعربها العرب ولم تستخدمها في لغتها ولا تفهمها إبَّان نزوله، وهو ما يبدو أنه محلُّ اتفاقٍ بين الجميع[١٠].

---

(٩) الإحكام للآمدي (١/ ٥٠)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (١/ ١٩٤)، والمحلي على جمع الجوامع (١/ ٣٢٦).

(١٠) الموافقات للشاطبي (٢/ ٦٥).

ومع ذلك، فإن وجود عددٍ من الكلمات غير العربية قد أوعز إلى عددٍ من المستشرقين بالأصل اليهودي أو المسيحي لكثيرٍ من التشريعات المتضمنة في القرآن. من ذلك ما ذهب إليه «شاخت» في تحليل مفهوم الزكاة، وإلماحه إلى أن هذه الكلمة مأخوذةٌ من الكلمة الآرامية «زكوت»، والتي كانت تفيد معنى الصلاح والتقوى في استعمال اليهود لها. ويرى «شاخت» أن هذه الكلمة كانت تستخدم في هذا المعنى فترة وجود النبي ﷺ في مكة، ثم تطورت في معنى الإنفاق على الفقراء والمحتاجين، على حين لم تنتقل إلى معنى الزكاة الواجبة إلا في عهد أبي بكر.

وعلى الرغم من أن المثال نفسه لا يفيد أخذ مفهوم الزكاة من الديانة اليهودية؛ لأن الكلمة (زكاة) على افتراض أصلها الآرامي لم تكن تُستخدم عند اليهود في معنى الإنفاق الواجب أو التطوعي، فإن قضية تشابه بعض مبادئ التشريع الإسلامي مع ما جاءت به الديانة اليهودية أو المسيحية أمر مقبول في التفكير الإسلامي من جهة أن منبع هذه الديانات السماوية واحد؛ فقد جاء القرآن فيما أخبر عن نفسه مصدِّقًا لما بين يديه من الكتب السماوية السابقة في النزول.

(١١) تفسير القرآن الكريم:

يتوقَّف فهم الأحكام التشريعية المتضمنة في القرآن الكريم على تبنِّي منهج علميٍّ مقبول لتفسيره، ويتألَّف هذا المنهج من مراعاة القواعد التالية:

(١) الالتزام بالرجوع للمواضع المشابهة للنصِّ المطلوب تفسيره في القرآن نفسه، فالقاعدة أن القرآن يفسر بعضه بعضًا. يوضحه أن الآية الحادية عشرة من سورة النساء قد نصَّت على نصيب البنات في الميراث بأنه: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ﴾ [النساء: ١١]، وقد جاء في آخر السورة نفسها (الآية: ١٧٦) تحديد نصيب الأخوات الشقيقات في الميراث بأن الاثنتين من الأخوات ترثان الثلثين، فاستدلَّ الفقهاء من ذلك على أن ميراث الثلثين للأخوات والبنات الوارثات بالفرض لا بالتعصيب إذا كنَّ اثنتين أو أكثر من اثنتين، حيث نصَّت الآية الحادية عشرة من سورة النساء على

الحالة الأولى، على حين نصَّت الآية (١٧٦) من السورة نفسها على الحالة الثانية.

وترجع قاعدة تفسير القرآن بعضه بعضًا إلى الأساس المنصوص عليه، وهو اتفاق أجزائه وعدم وقوع التناقض بين هذه الأجزاء: ﴿أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ ۚ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴿٨٢﴾﴾ [النساء: ٨٢].

(٢) **الرجوع إلى السُّنة**؛ لأن القرآن قد ورد بالتكليفات مجملةً فبيَّنتها السُّنة وحدَّدت الكيفيات العملية لأداء هذه التكليفات. والمثال الذي يوضِّح ذلك أن القرآن قد جاء بالنصِّ في مواطن عديدة على وجوب الزكاة والأمر بإنفاق الأموال في وجوه البرِّ وفي المصارف التي أجملها. وكانت السُّنة هي التي بيَّنت أنواع المال المزكَّى والمال الذي لا تجب فيه الزكاة، كما كانت السُّنة هي التي حدَّدت المقادير المأخوذة من هذا المال: (٢,٥٪) في النقود والحيوانات ومواد التجارة، و(٥٪) في الزروع والثمار التي تُروى بتكلفة، و(١٠٪) في الزروع والثمار التي تروى دون تكلفة كأن تروى بمياه الأمطار، و(٢٠٪) في الركاز والمعادن. ولم يكن بالوسع تنفيذ المجتمع الإسلامي لواجب الزكاة إذا لم تكن السُّنة قد وضَّحت كيفية أداء هذا الواجب بهذه التفصيلات العملية الدقيقة.

(٣) **تطبيق قواعد اللغة العربية المعروفة طبقًا لما كانت عليه عادات العرب في أقوالها ومجاري أحوالها وقت نزول نصوص القرآن.** من ذلك معرفة دلالات الأوامر والنواهي والعموم والخصوص ودلالات الحروف وما يماثله من أمور يتوقَّف عليها فهم النصوص التشريعية.

(٤) **معرفة أسباب النزول ومقاصد الشارع من شرع الأحكام التي دلَّ عليها النص القرآني**، وتتفاوت أقدار المفسرين ومداركهم في الغوص على مقاصد الشارع ومعرفة مراميه.

(٥) **الالتفات إلى أسلوب القرآن في التعريف بالألفاظ أو المصطلحات التشريعية التي أجدَّها لتشكيل البنية التشريعية للنظام القانوني الذي أراده.** وتتمثَّل هذه الأساليب في التعريف بالتمثيل والترادف أو التضاد على النحو

الذي قد يجري توضيحه في مناسبته. ويكفي أن أشير هنا على وجه الإجمال إلى مسلكه في التعريف بمعاني ألفاظ البرِّ والقصاص والعدل.

(١٢) التفسير بالمقاصد:

الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسُّنة النبوية معلَّلةٌ برعاية مصالح العباد على نحوٍ واضحٍ لا ينازع فيه أحدٌ من العلماء. وقد جرى النصُّ على هذا التعليل في الأصول وفي الفروع طبقًا لما يذكره الشاطبي، فإن الله تعالى يعلِّل لإرسال الرسل بمنع احتجاج العباد بالجهل وقطع عذرهم عند مؤاخذتهم بما عملوا، فقال: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِۚ﴾ [النساء: ١٦٥]، فهذا التعليل: ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ﴾ دليلٌ على إرسال الرسل لوجه هذه المصلحة. وكذا فإن تعليله إرسال محمَّد ﷺ بالرحمة للعالمين هو من قبيل بيان التعليل لبعثه هذا النبي. وتبدو المصلحة هي الغرض من الحكم في مواطن عديدة من القرآن، من ذلك قوله في آية الوضوء: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٦]، وكقوله عن الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٨٣]، وكقوله في الصلاة: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِۗ﴾ [العنكبوت: ٤٥]، وفي القصاص: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

ومن هذا كلِّه يتضح أن شرع الوضوء والصلاة والصيام والقصاص معلَّلٌ برعاية المصالح التي عبَّرت عنها هذه النصوص. وإذا ثبت هذا في الفروع والأصول، عُلم أن كلَّ حكمٍ من الأحكام الشرعية هو وسيلةٌ لتحقيق مقاصد ومصالح معيَّنة يجب الالتفات إليها في تفسير النصِّ وفهم معناه وتعدية حكمه ليشمل غير المنصوص عليه.

وقد ظهر الاتجاه إلى تفسير النصوص برعاية مقاصدها منذ فترة النبوَّة، من ذلك أن النبي ﷺ طلب من أصحابه ألَّا يصلوا العصر إلَّا في بني قريظة، وحينما أدركتهم صلاة العصر في الطريق لم يصلِّ بعضهم، وقالوا: إننا نُهينا

عن الصلاة قبل بلوغ ديار بني قريظة، وتمسَّكوا بحرفيَّة النصِّ ومعناه المباشر. لكنَّ بعضًا آخر منهم صلَّى العصر في الطريق بعد حلول وقته، وقالوا: إنما كان النهي بقصدِ الاستحثاث على تعجيل الوصول إلى بني قريظة[11]. وإنما التفت هذا الفريق إلى مقصود الرسول من قوله، وإلى المصلحة التي أرادها، وفسَّروا قوله في ضوء فهمهم لهذا المقصود، وقد أخبر الفريقان النبيَّ بفعلهما فأقرهما ولم يلُم أيًّا منهما، مما يدلُّ على صحَّة التفسير بالمقصود.

وقد غلب الاتجاه إلى تفسير النصوص التشريعية في ضوء مقاصد الشريعة لدى فقهاء الصحابة والتابعين. وتنبئ اجتهادات عمر بن الخطاب عن سيادة هذا المنهج، من ذلك أن امرأة باليمن قتلت ابن زوجها وعاونها في ذلك عاشقها وصديق له، فانقسم الصحابة في ذلك إلى فريقين، كان رأي أولهما أن القتلة جماعة والمقتول واحد، فلا يُقتَص من الجماعة؛ لأن القصاص يفيد معنى المساواة والمماثلة، وهذا هو التفسير الحرفي الذي يعتمد المعنى المباشر. أما الفريق الثاني فقد رأى القصاص من الجماعة بقتل الواحد؛ لأن القصاص شُرع لحفظ حياة الناس، ولا يتيسَّر تحقيق هذه المصلحة المقصودة إلا بالحكم بالقصاص من الجماعة إذا قتلوا شخصًا؛ لأن القاتل يستطيع الاستعانة بغيره للفرار من القصاص، فتضيع المصلحة المقصودة من شرعه. ولم يستطع معاذ بن جبل - القاضي الذي نظر الجريمة باليمن - أن يصل إلى تغليب أحد النظرين، فأرسل القضية بكاملها إلى عمر بن الخطاب الذي وُوجه بانقسام مماثلٍ بين الصحابة في المدينة، فقال قولته المشهورة: «**واللهِ لو تَمَالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به**»، معلنًا عن انحيازه بذلك لتفسير معنى القصاص بالمقصود من شرعه، وهو الحفاظ على الحياة، مؤيدًا الاتجاه إلى قتل الجماعة بالواحد لتحقيق هذا المقصود[12].

---

(١١) البخاري، كتاب المغازي، ومسلم كتاب الجهاد، وكذا: تفسير الخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ)، (٣/ ٤٢٠)؛ والبداية والنهاية لابن كثير، دار إحياء التراث العربي، (١٩٨٨م)، (٤/ ١٣٤).

(١٢) أحكام القرآن لابن العربي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، (بدون تاريخ)، (١/ ٩٥)؛ وحاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بيروت، (١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م)، (٤/ ١٢٧)؛ والاستذكار لابن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠٠م)، (٨/ ١٥٧).

ومن التطبيقات الحديثة للتفسير بالمقصود الاتجاه إلى تفسير الكنز المتوعَّد عليه بالعذاب في جهنَّم في سورة التوبة بأنه يشمل حبسَ المال وتعطيله عن القيام بوظائفه الاجتماعية في الاستثمار والتنمية. وهذه هي وجهة النظر التي يأخذ بها الاقتصاديون الإسلاميون المحدثون. أما التفسير الحرفي للكنز فيقترب من منع أداء الزكاة الواجبة، وهو ما ذهب إليه القائلون بأن: «ما أدى زكاته فليس بكنز».

ويجب التأكيد على التعاون بين منهجي التفسير - التفسير اللغوي، والتفسير بالمقصود - للوصول إلى فهمٍ أدقَّ وأعمقَ للنصوص التشريعية في القرآن والسُّنة على السواء.

المصدر الثاني: السُّنة النبوية

(١) تعريف السُّنة:

السُّنة في اللغة هي الطريقة المعهودة المتكرِّرة أو السيرة المألوفة المحافظ عليها. وهي بهذا المعنى في قوله ﷺ: «مَنْ سَنَّ في الإسلام سُنَّةً حسنةً، فله أجرها وأجرُ مَنْ عمِل بها بعده من غير أن ينقصَ من أجورهم شيءٌ، ومَنْ سَنَّ في الإسلام سُنَّةً سيئةً كان عليه وِزْرُهَا وَوِزْرُ مَنْ عمِل بها من بعده من غير أن ينقصَ من أوزارهم شيءٌ»[١٣]، ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿سُنَّةَ ٱللَّهِ فِى ٱلَّذِينَ خَلَوْا۟ مِن قَبْلُ ۖ وَلَن تَجِدَ لِسُنَّةِ ٱللَّهِ تَبْدِيلًا ﴿٦٢﴾﴾ [الأحزاب: ٦٢]، ومنه قوله تعالى: ﴿قَدْ خَلَتْ مِن قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ فَٱنظُرُوا۟ كَيْفَ كَانَ عَـٰقِبَةُ ٱلْمُكَذِّبِينَ ﴿١٣٧﴾﴾ [آل عمران: ١٣٧]. وبهذا تُطلق السُّنة على الطريقة المحمودة أو المذمومة على السواء.

وقد أُطلقت السُّنة بهذا المعنى العام على الطريقة السائدة المألوفة أيام النبي ﷺ أو أيام خلفائه الراشدين، مما يشير إلى الأعراف التي أقرَّ الرسولُ الناسَ عليها وتبعها خلفاؤه الراشدون من بعده، وكانت تُعَدُّ مصدرًا للاقتداء بها في الاجتهاد الفقهي، وكانت «سُنَّة المدينة» التي عمل بها مالكٌ واعتبرها مقدَّمةً على كثيرٍ من المصادر (خبر الواحد، القياس) بمعنى الأعراف المعمول بها في المدينة، وقد كان لأهل الكوفة «سُننهم» بمعنى أعرافهم المعمول بها، وأسسوا حجيَّة أعراف بلدهم الخاصَّة على قريبٍ من الحجج التي انتصر بها مالكٌ لسُنَّة أهل المدينة، وتمثَّل ذلك في استقرار عددٍ من كبار الصحابة بالكوفة على نحوٍ

---

(١٣) أخرجه مسلم في كتاب: الزكاة، باب: الحث على الصدقة ولو بشقِّ تمرة، أو كلمة طيبة، وأنها حجاب من النار، (١٠١٧).

كان له أثرُهُ في ظهور السُّنن والأعراف الموافقة لأصول التشريع الإسلامي[(١٤)].

وقد أشار الليث بن سعد في ردِّه على مالكٍ إلى أن «السُّنن» المعمول بها في مصر لها حجيَّة مماثلة لحجيَّة «سُنَّة المدينة»؛ لأن عددًا من كبار الصحابة قد سكن مصر، وأسهمت معاملاتهم في تكوين الأعراف السائدة في هذا البلد كذلك.

وتتكوَّن السُّنن بهذا المعنى عبر الزمان بفعل القوى الخفيَّة الكامنة في المجتمع التي تشكِّل الأعراف. وإنما أعطاها مالكٌ هذه الحجيَّةَ بالقوة التي دافع بها حتى اعتقد «أن الناس تبعٌ لها» وعليهم ألَّا يحيدوا عنها في اجتهاداتهم لمجموعةٍ من العوامل، منها افتراض إقرار الصحابة لهذه الأعراف وإسهامهم في تشكيلها، ومنها موافقة هذه الأعراف للمصالح الاجتماعية وقبول النظرية الأصولية في تطوراتها المختلفة لإعمال هذه المصالح.

وقد هاجم الشافعي هذه الاتجاهات الإقليمية، وعارض حجيَّة «سنَّة أهل المدينة» وإجماعهم وسنَّة أهل الكوفة وإجماعهم، بغية وضع التفكير الفقهي على أسسٍ أثبت وأقوى، وأسفر هجومه هذا وجهاده في إبطال حجيَّة سُنن الأمصار المختلفة عن أمرين:

الأول: إقلاع كثيرٍ من المدارس الفقهية المختلفة عن التمسُّك بهذا المفهوم العام للسُّنة.

الثاني: تأكيد المفهوم الخاص للسُّنة وإطلاقها على ما أُثِرَ عن النبي ﷺ من قولٍ أو فعلٍ أو تقرير أو صفة.

التعريف الاصطلاحي للسُّنة:

تُطلق السُّنة في الاصطلاح الفقهي على الحكم التكليفي للأفعال التي يترتَّب الثواب على أدائها دون أن يستلزم تركها العقاب، وهي في معنى المندوب بهذا الاعتبار.

---

(١٤) إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٢١٨)، والإحكام للآمدي (١/ ٣٤٩)، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب (١/ ٣٥)، والمستصفى للغزالي (١/ ١٨٧)، وطلعة الشمس في أصول الإباضية لنور الدين السالمي، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، القاهرة، (٢٠١٢م)، (٢/ ٨٠).

أما في الاصطلاح الأصولي، فتطلق السُّنة على كل ما صدر عن النبي ﷺ من قولٍ أو فعلٍ أو تقرير أو صفة. وتشمل السُّنة بهذا الإطلاق الأقوالَ التي صدرت عن الرسول والأفعال التي أدَّاها في عباداته ومعاملاته، كما تشمل التقريرات الأفعالَ التي صدرت من صحابته دونما اعتراض منه مما يفيد قبوله لها(١٥).

ويدخل في السُّنة ما رواه صحابته بشأن صفاته الخُلقية والخَلقية، فمن صفاته الخُلقية ما روته السيدة عائشة أنه: «كان خُلقُه القرآنَ»(١٦)، ومن صفاته الخَلقية التي لا يتعلَّق بها التشريع ما رواه أنس قال: كان النبي ﷺ رَبْعَةً من القوم ليس بالقصير ولا بالطويل البائن، أَزْهَرَ ليس بالآدَمِ ولا بالأبيض ولا الأَمْهَقِ، رَجِلَ الشَّعْرِ ليس بالسَّبِطِ ولا الجَعْدِ القَطَطِ»(١٧).

ولا يختلف عن ذلك معنى الحديث، فإنه يطلق كذلك على ما روي عن النبي ﷺ من قولٍ أو فعلٍ أو تقرير أو صفة.

(٢) حجيَّة السُّنة في الدلالة على الأحكام:

انعقد إجماع علماء المسلمين على أن السُّنة مصدرٌ يدلُّ على الأحكام الشرعية، ومستند هذا الإجماع من القرآن ما يلي:

(١) الأمر المتكرِّر في القرآن بوجوب طاعة الله ورسوله، من ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩﴾ [النساء: ٥٩].

(٢) نص القرآن الكريم على دور السُّنة في بيان أحكامه وشرح ما يحتاج

---

(١٥) شرح الكوكب المنير لابن النجار (٢/١٦٦)، والمحلي على جمع الجوامع (٢/ ٩٤)، والإحكام للآمدي (١/١٦٩)، ونهاية السول (٢/٢٣٨)، وأصول السرخسي (١/١١٣)، والموافقات للشاطبي (٤/٢٨٩).

(١٦) أخرجه أحمد في المسند (٢٤٦٤٥).

(١٧) أخرجه أحمد في المسند (١٣٥٤٣).

إلى شرح من هذه الأحكام، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤].

(٣) إيجاب القرآن الكريم الاحتكام لما جاء فيه عند التنازع، والحكم بما جاء فيه عند الفصل في الخصومات، وأوجب على المسلمين تنظيم حياتهم وفق ما جاء فيه، واعتبر الرضا بأحكامه قضية إيمانٍ أو كفر، ولا يمكن إعمال الأحكام القرآنية وحدها دون رجوع إلى السُّنة. يوضِّحه أن القرآن الكريم قد أوجب تطبيق أحكام الميراث في إعطاء الوارثين حقوقهم: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ﴾ [النساء: ١٢]، دون بيان مقدار هذه الوصية، فجاءت السُّنة ببيان حدِّ الوصية، وهو الثلث، ولو أطلق حق المورث في الإيصاء لَما أمكن تطبيق قواعد الميراث إلا في الأحوال التي يوصي فيها الميت بتركته كلِّها. ولذا كان هذا التحديد ضروريًّا لإعمال قواعد الميراث القرآنية.

(٤) نص القرآن الكريم على أن الرسول مبلِّغ عن الوحي وأنه لا ينطق عن هواه. قال تعالى: ﴿وَٱلنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ ﴿١﴾ مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَىٰ ﴿٢﴾ وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ﴿٣﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ ﴿٤﴾ عَلَّمَهُۥ شَدِيدُ ٱلْقُوَىٰ ﴿٥﴾﴾ [النجم: ١-٥].

(٣) رواية السُّنة وثبوتها:

لم تُدوَّن السُّنة في عهد رسول الله ﷺ خوفًا من أن تختلط بالقرآن، ولوجود الرسول نفسه بين أصحابه، وإمكان الرجوع إليه عند الاقتضاء وتولِّيه مسؤولية الفصل في الخصومات؛ فلم يستشعر الناس لهذا كلِّه حاجتهم إلى تدوينها.

وبوفاة النبي وتولِّي قادة الصحابة مسؤولياتهم العملية في الإدارة والقضاء، برزت الحاجة إلى العناية بسُنَّة النبي واستدعائها للعمل بها في المناسبات العملية المختلفة؛ وذلك أنهم مكلَّفون بالحكم بما أنزل الله وبتسيير حياتهم الاجتماعية وَفْقَ هذه الأحكام، وهو أمر غير ممكن من دون السُّنة كما تقدَّم، وقد يوضِّحه أن أبا بكر حينما اتخذ قراره بقتال مانعي الزكاة، فلا بدَّ أن التفاصيل المتعلِّقة بنوع المال المزكى، ومقدار الواجب، وحق الدولة في

جمعها، وأسلوب تحصيلها، وغير ذلك مما بيَّنته السُّنن؛ كان حاضرًا في ذهن الخليفة والصحابة. ولا يمكن من الناحية المنطقية أن يكون قد اتخذ قراره الخطير بإعلان الحرب بالاستناد إلى مجرَّد عموم النص القرآني المتعلِّق بوجوب إقامة الصلاة وأداء الزكاة.

وقد اضطر الصحابة كذلك إلى استدعاء السُّنة للحكم بها في كثيرٍ من المواقف العملية، من ذلك الالتماس الذي تقدَّمت به الجدَّة إلى أبي بكر تسأله ميراثها، فقال: ما أجد لك في كتاب الله شيئًا، ثم سأل الناسَ فقام المغيرة بن شعبة فقال: سمعت رسول الله ﷺ يعطيها السدس، فقال له: هل معك أحد؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك، فأنفذه لها.

ومن هذا القبيل أن أبا موسى الأشعري استأذن على عمر ثلاث مراتٍ فلم يؤذن له فرجع، وأرسل عمر في أثره وسأله: لمَ رجعت؟ فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سلَّم أحدكم ثلاثًا فلم يجب فليرجع». وقد طلب عمر بيِّنةً من أبي موسى على سماع هذا الحديث من الرسول، فشهد معه جماعة من الصحابة بسماعه.

ويدلُّ هذان المثالان على أن الصحابة كانوا يبذلون طاقتهم لتطبيق الأحكام الشرعية، وصوغ حياتهم وفق هذه الأحكام، وقد كان من الطبيعي أن يسألوا عن السُّنة وأن يتكرَّر استدعاؤها في مواقف القضاء وفي تحديد أشكال السلوك، وأسهمت السُّنة بوظائفها العملية في تحديد الأعراف الاجتماعية السائدة في المجتمعات الإسلامية.

ولا أشك في أن هذه الطبيعة العملية للسُّنة هي التي فرضت الاهتمام بها بعد وفاة النبي ﷺ، واضطرار قادة الصحابة لتولِّي شؤون مجتمعهم وفق المضامين التشريعية والاجتماعية التي عبَّرت عنها.

ويخطئ شاخت وجينبول خطأً فادحًا في تحليلهما لرواية السُّنة بالانطلاق من فكرة أن الاهتمام بالسُّنة قد تأخر إلى مجيء عمر بن عبد العزيز للسلطة في آخر القرن الهجري الأول. وعبارة «جينبول» في هذا: «إننا قد رأينا أن الحاجة إلى السُّنة المرويَّة عن محمَّد لم يبدأ تأكيدها إلا في عهد عمر الثاني الذي حكم

في الفترة (٩٩-١٠١هـ/٧١٧-٧٢٠م)»، ويبدأ تحليل «شاخت» ومن بعده «جينبول» من هذا المنطلق، كي ينتهيا إلى النتائج التالية:

(أ) الأحاديث الموجودة لا تصحُّ نسبتها إلى الرسول لمرور وقتٍ طويلٍ بين وفاته وبين بدء الاهتمام والحاجة إلى السُّنة.

(ب) ترجع هذه الأحاديث إلى أقوال الصحابة وآرائهم واجتهاداتهم بعد وضعها في قالب حديثٍ ووضع الإسناد اللازم للحديث.

(ج) يمكن التعرف إلى شخصية الراوي الذي قام بوضع اجتهاد الصحابي أو التابعي في قالب الحديث عن طريق الموازنة بين سلاسل الإسناد وطرق الرواية، وتعيين الشخص المشترك أو الحلقة المشتركة التي يمكن أن ينسب إليها وضع الحديث على هذا النحو.

ومن الواضح أن هذه النتائج المتتابعة قد ترتَّبت على افتراض أن الأجيال الأولى قد أهملت الاهتمام بالسُّنة لعدم ظهور الحاجة إليها إلا في أواخر القرن الأول الهجري. غير أن هذا الافتراض لا ينهض على أساسٍ؛ لأنه يعني أن الصحابة لم يعملوا على صوغ حياتهم الاجتماعية والسلوكية وَفْقَ الأحكام المتضمنة في القرآن إلا في القرن الثاني الهجري، وأن الفقه الإسلامي لم يبدأ إلا من هذا التاريخ، وأن الأعراف الجاهلية ظلَّت مسيطرةً طيلة فترة القرن الأول الهجري. وليس أيٌّ من هذا صحيحًا.

ومن جهة أخرى، فإن اختيار عهد عمر بن عبد العزيز الخليفة الأموي المشهور بتقواه بداية لتأكيد الاهتمام بالسُّنة اختيار لا مسوِّغ له من الناحية العملية؛ لأنه قد يختلف عن بعض الخلفاء السابقين عليه في الدرجة لا في الاتجاه، لوعي الجميع بدورهم على رأس الدولة الإسلامية. والذي ننتهي إليه أن هذا الموقف الهدمي من ثبوت السُّنة في مجملها موقفٌ غير مبرَّر علميًّا.

وقد اتخذ هذا الموقف الهدمي من ثبوت السُّنة بجملتها أحد علماء الأزهر، وهو محمود أبو رية، في كتابه «**أضواء على السُّنة المحمدية**»، وتعرض في هذا الكتاب للموقف من مرويات أبي هريرة وأنس بن مالك المكثرين من رواية السُّنة، وأشاد بموقف الأحناف في التوقف عن الرواية عنهما لعدم توافر

شرط «فقه الراوي» في كلٍّ منهما، ليذكر أنه انتهى إلى أنه «لا يكاد يوجد في كتب الحديث كلها - مما سموه صحيحًا، أو ما جعلوه حسنًا - حديثٌ قد جاء على حقيقة لفظه ومحكم تركيبه، كما نطق الرسول به»، كما أنه قد وجد «أن الصحيح منه على اصطلاحهم إن هو إلا معانٍ مما فهمه بعض الرواة»[18].
ويدور مستنده في هذا حول:

أ - عدم تدوين الحديث والاعتماد على المشافهة.

ب - شيوع الرواية بالمعنى.

ج - حركة الوضع في الحديث التي اشتركت فيها السياسة والتدين.

أما الشيخ محمد الغزالي في كتابه «**السُّنة بين أهل الفقه وأهل الحديث**»، والدكتور يوسف القرضاوي في كتابه «**كيف نتعامل مع السُّنة**»، فقد حذَّرا من العمل بكل ما يُدعى اعتباره من السُّنة، وأوجبا فحصَ الحديث من جهة الثبوت للعملِ بما صحَّت نسبته إلى الرسول ﷺ وردِّ ما لم تصح نسبته إليه. وقد يفيد في إجمال رأي الشيخ الغزالي هنا قوله: «إننا لا نحرص على تضعيف حديثٍ يمكن تصحيحه، وإنما نحرص على أن يعمل الحديث داخل سياجٍ من دلالات القرآن القريبة أو البعيدة. وحديث الآحاد يفقد صحته بالشذوذ والعِلة القادحة، وإن صحَّ سنده، فأبو حنيفة يرى أن... من له ذمَّة وعهد فقاتله يُقتص منه، ومن ثمَّ رفض حديث «لا يُقتل مسلم في كافر» مع صحَّة سنده؛ لأن المتن معلولٌ بمخالفته للنص القرآني: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾، وقول الله بعد ذلك: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾... وعند التأمُّل نرى الفقه الحنفي أدنى إلى العدالة، وإلى مواثيق حقوق الإنسان، وإلى احترام النفس البشرية دون نظر إلى البياض والسواد، أو الحرية والعبودية، أو الكفر والايمان»[19].

ولا يكفي الاعتماد على السند وحده للحكم بصحَّة حديث الآحاد، بل

---

(١٨) محمود أبو رية، أضواء على السنة النبوية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة السادسة، (١٩٥٧م)، ص٨ وما بعدها.

(١٩) محمد الغزالي، السنة بين أهل الفقه وأهل الحديث، دار الشروق، القاهرة، الطبعة السادسة عشرة، (٢٠٠٩م)، ص١٨.

يلزم كذلك سلامته من مخالفة مبادئ القرآن، ولا يختلف عن ذلك ما أوضحه الدكتور القرضاوي في رصده المبادئ الأساسية للتعامل مع السُنة، وتتمثَّل هذه المبادئ في وجوب الاستيثاق من ثبوت السُنة بمراجعة صحَّة إسنادها، وحسن فهم متنها، والتأكُّد من سلامة هذا المتن من معارضٍ أقوى منه[٢٠].

ويتجه الشيخ عبد الجليل عيسى في كتابه «**اجتهاد الرسول**»، والدكتور عبد المنعم النمر في كتابه «**السُّنة والتشريع**» وجهةً أخرى، حيث سَعَيا إلى اعتبار كثيرٍ من السُّنة من قبيل «اجتهاد الرسول» في تطبيق التشريعات القرآنية، وفي تقديرهما أن هذا الاجتهاد غير ملزمٍ ويمكن مخالفته باجتهادٍ آخر يستند إلى الأصول العامَّة للشريعة وإلى المقاصد الكليَّة، وهو الأمر الذي يشابه - من جهة - ما كان عليه أصحاب الرأي، حيث قلَّت مروياتهم وكثرت أقيستهم، وهذا في مقابلة أصحاب الحديث بمدرسة المدينة، الذين كثرت مروياتهم فقلَّ القول بالرأي عندهم.

ويقرِّر عبد الجليل عيسى وجوب ألَّا تتعارض السُّنة مع القرآن لقبولها، بالنظر إلى القاعدة التي يؤكِّدها، وهي أنه ليس كلُّ ما صحَّ سنده صحَّ متنه، وإنما يعول على صحَّة السند إذا لم يعارض المتن ما هو قطعي[٢١]. وقد وقع الاجتهاد من الرسول، وشملت اجتهاداته أمورًا دينية ودنيوية، وبرهنت الوقائع على أن اجتهاداته لم تكن صوابًا في كل الأحوال، وتكفَّل الوحي بتصحيح هذه الاجتهادات أحيانًا[٢٢].

والذي عليه أكثر الناس أن الدواعي والأسباب قد توافرت على نقل سُنَّة النبي ﷺ للحاجة إليها في القضاء والإفتاء وصبغ السلوك في المجتمع بالصبغة الإسلامية. غير أن هذه الأهمية للسُّنة قد دفعت إلى ظهور حركة الوضع في الحديث، لأسبابٍ سياسية ومذهبية، فتنبَّه المسلمون لهذا الخطر وبذلوا جهودًا

---

(٢٠) يوسف القرضاوي، كيف نتعامل مع السنة النبوية، دار الشروق، (٢٠٠٢م)، ص٤٣ وما بعدها.

(٢١) عبد الجليل عيسى، اجتهاد الرسول الله ﷺ، دار الشروق الدولية، الطبعة الثانية (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م)، ص٧٠.

(٢٢) نفسه، ص٩٠.

دقيقة في تمييز الحديث الصحيح من الزائف على نحوٍ كان له أثره في ظهور علوم الحديث.

ويمكن القول دون مجازفة بأن النتائج التي انتهى إليها المحدثون تظلُّ في عمومها سليمةً، من حيث تحقيق قدرٍ من الثقة يكفي للعمل بالسُّنة، وإن لم يمنع ذلك من إمكان توجيه النقد للأحكام التي أصدرها ثقاتهم بشأن هذا الحديث أو ذاك.

(٤) أنواع السُّنة:

تنقسم السُّنة من حيث روايتها عن الرسول إلى الأنواع التالية:

أولًا: الحديث المتواتر:

التواتر اصطلاح أهل الفقه والأصول، دون أهل الحديث فيما أشار إليه ابن الصلاح في مقدمته[٢٣]. وهو رواية جمعٍ لا يُتوهَّم تواطؤهم على الكذب عن جمعٍ مثلهم في جميع الأعصار، وذلك كنقل القرآن والصلوات الخمس، ومنه في الحديث قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيَّات»، ومنه أيضًا: «مَنْ كذب عليَّ متعمدًا فليتبوأ مقعده من النار».

ويتضح من تعريف المتواتر وجوب استجماع الشروط الثلاثة التالية:

أ - كون الرواة جمعًا كثيرًا يؤمن عدم اتفاقهم على الكذب أو الخطأ. أما لو كان الجمع قليلًا بحيث يحتمل التقاؤهم معًا وتعرضهم للخطأ أو النسيان، فلا يُعَدُّ هذا من التواتر. ولا يتقيَّد الجمع في التواتر بعددٍ معيَّن، والعبرة بأمن إمكان الخطأ أو الكذب، وذلك بأن يتفق عددٌ من الرواة على رواية شيءٍ معيَّن مع اختلاف مقارهم وأنسابهم وبيئاتهم، فهذا يورث نوعًا من اليقين بأنهم لا بدَّ قد سمعوا هذا الذي يروونه.

ب - الاستناد إلى الحسِّ والمشاهدة كالسمع والرؤية. أما لو كان ما

(٢٣) مقدمة ابن الصلاح، تحقيق: عائشة عبد الرحمن، نشر دار المعارف، القاهرة، (بدون تاريخ)، ص٤٥٣.

يروونه مستندًا إلى التفكير العقلي، فلا يُعَدُّ هذا من قبيل التواتر. وهذا هو الذي يفرق بين الإجماع والتواتر؛ ذلك أن الإجماع اجتهادٌ يلتقي فيه رأي العلماء على أمر معيَّن، مع استنادهم في هذا الاجتهاد إلى نصٍّ شرعيٍّ هو مستند الإجماع كما يأتي، على حين أن التواتر عبارة عن نقلِ أمر مسموع أو مشاهدٍ بالعينِ مع تعدُّد الناقلين لهذا الأمر على نحوٍ لا يحتمل اتفاق الناقلين على الكذب أو الخطأ.

ج - توافر التواتر في الطبقات كلِّها، فلو توافر التواتر في طبقة الصحابة ولم يتوافر في التابعين ثم توافر بعد ذلك في طبقة تابعي التابعين لم يعتبر هذا من التواتر.

حكم الحديث المتواتر وأنواعه:

يفيد الحديث المتواتر يقينَ الثبوت عن النبي ﷺ وهو في منزلة القرآن من حيث وجوب العمل به، غير أن الأحاديث المتواترة نادرة، وتنحصر بالنسبة إلى الأحاديث القوليَّة في عددٍ محدودٍ لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة، ويوجد بعضه في السُّنن الفعليَّة، لكنه ليس كثيرًا كذلك، ويتعلَّق بأمور الدين الأساسية ويشبه أن يكون التواتر أساسًا منطقيًّا للثقة بالمرويات الأساسية أكثر من أن يكون نوعًا مقابلًا للنوع الآخر من المرويات، وهو أخبار الآحاد، فإنه لا مقارنة بينهما من حيث العدد[٢٤].

وينقسم التواتر إلى نوعين:

أولهما: التواتر اللفظي، وهو اجتماع شروط التواتر في المرويِّ مع اتحاد لفظه، والمعنى المقصود منه، «كما تقول: القرآن الكريم متواتر، أي كل لفظ منه اشترك فيه العدد الناقل للقرآن؛ وكذلك: دمشق وبغداد، أي جميع النقلة نطقوا بهذه اللفظة»[٢٥].

---

(٢٤) مقدمة ابن الصلاح، ص٤٥٣.

(٢٥) شرح تنقيح الفصول للقرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، نشر شركة الطباعة الفنية المتحدة، (١٩٧٣م)، ص٣٥٣

والثاني: التواتر المعنوي، وهو وجود مشتركٍ بين أحاديث متعدِّدة غير متواترة وقد لا يتفق معناها أيضًا. وضابطه عند القرافي: «تغاير الألفاظ مع الاشتراك في معنى كليٍّ»[٢٦]، والتواتر اللفظي اشتراكهم في اللفظ.

من ذلك اشتراط التعمُّد لإيجاب القصاص، حيث لا يوجد نصٌّ واحد متواتر اللفظ يدلُّ على هذا المعنى. غير أن عددًا من المرويات يتوارد حول هذا المعنى. ومن ذلك إفادة أن الأعمال بالنيَّات وإيجاب الدية في قتيل الخطأ وشبه العمد، وإيجاب الدية في قتل الصبي والمجنون ولو كانا متعمدين، بناءً على أنه لا نيَّة لهما، ورفع الإثم عن الخطأ والنسيان إلى غير هذا من الأحاديث الدالَّة على نقص المجازاة بغياب نيَّة التعمُّد. وبهذا فإن التواتر المعنوي يتحقَّق إذا اشتركت عدَّة مروياتٍ في معنى من المعاني، حتى ولو لم يتحقَّق التواتر في أيٍّ منها، وكثير من المبادئ الأساسية للتشريع الإسلامي مما ينهض على أساس التواتر المعنوي، وضابطه: «تغاير الألفاظ مع الاشتراك في المعنى، والتواتر اللفظي الاشتراك في اللفظ»[٢٧].

ثانيًا: الحديث المشهور أو المستفيض:

هو ما رواه من الطبقة الأولى (الصحابة) عددٌ لم يبلغ حدَّ التواتر، وإن رواه في الطبقة الثانية (التابعين) وما تلاها عددٌ يبلغ مبلغ حد التواتر، وزاد الأحناف هذا القسم، فقالوا: الخبر إما متواتر أو آحاد أو مشهور، وعرفوه بأنه: ما كان آحاد الأصل متواترًا في القرن الثاني والثالث. ويعرِّفه البزدوي بأنه: «ما كان من الآحاد في الأصل ثم انتشر، فصار ينقله قومٌ لا يُتَوهَّم تواطؤهم على الكذب، وهم القرن الثاني بعد الصحابة رضي الله عنهم، ومَنْ بعدهم» من الثقات الذين «صار بشهادتهم وتصديقهم بمنزلةِ المتواتر»[٢٨]، والمشهور

---

(٢٦) نفائس الأصول، شرح الأصول للقرافي (٦/ ٢٨٥)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٢/ ٣٣٢).

(٢٧) نهاية السول للإسنوي (١/ ٢٨٨)، والموافقات للشاطبي (٤/ ٧٥)، ونهاية الوصول شرح الأصول لصفي الدين الأرموي، المكتبة التجارية، بمكة، (١٩٩٦م)، (٧/ ٢٧٥٢).

(٢٨) شرح كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٢/ ٣٦٨).

بهذا[29] حديث آحاد في الطبقة الأولى ومتواتر بعد ذلك، وإنما ارتفع عن حديث الآحاد مع كونه منه في طبقة الصحابة لعدالتهم على وجه العموم فيما انتهى إليه التطوُّر[30]. وهذا التمييز بين المشهور والآحاد هو مذهب الأحناف. أما الجمهور فيجمعون بين المشهور والآحاد ويعتبرونهما قسمًا واحدًا. ومن هذا القسم عندهم حديث: «لا تُنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها». وقد تولَّد هذا القسم في المذهب الحنفي من قبول ثقاته لهذه الأحاديث التي بنى عليها علماء المذهب أحكامه التي تميَّز بها عن غيره.

حكم الحديث المشهور عند الأحناف:

يفيد الحديث المشهور عند الأحناف ظنًّا قريبًا من اليقين من حيث ثبوت نسبته إلى الرسول، ويترتَّب على إفادة الحديث المشهور هذا الظن القريب من اليقين جواز تقييد المطلق وتخصيص العام من القرآن به كما جاز ذلك بالحديث المتواتر، وتصحُّ الزيادة به على ما في كتاب الله. لكن لا يكفر جاحده؛ لأن جحوده لا يؤدي إلى تكذيبه ﷺ؛ لأنه لم يسمع منه عددٌ لا يُتوهَّم تواطؤهم على الكذب، بل يؤدي إلى تخطئة العلماء، وهي ليست بكفر بل بدعة وضلالة. وإنما يُوجِبُ الخبر المشهور - بتعبير التفتازاني الحنفي - طمأنينة القلب؛ لأنه وإنْ كان في الأصل خَبَرَ واحدٍ، لكنَّ أصحاب الرسول عليه السلام تنزَّهوا عن وَصْمَةِ الكذب[31].

ومن الحديث المشهور عند الأحناف تقييد الوصية بالثلث في حديث سعد بن أبي وقاص حينما أراد أن يوصي بماله كلِّه أو نصفه، فقال له ﷺ: «الثلث، والثلث كثير».

ومن تخصيص العام بالحديث المشهور أن قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: 11] عامٌّ في توريث الأولاد مطلقًا،

---

(29) التقرير والتحرير لابن أمير حاج (2/ 235).

(30) انظر البحث التكميلي للماجستير لعمرو عثمان عن عدالة الصحابة الذي قدَّمه باللغة الإنجليزية إلى قسم الحضارات العربية والإسلامية، والذي تعقَّب فيه ظهور هذا المصطلح وتطوُّره.

(31) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (2/ 5).

فبيَّنت السُّنة أنه لا ميراث لقاتلٍ، فخص الأولاد الوارثين بألَّا يقتلوا مورثيهم، وقد جاءت الوصية المقدمة على الميراث على وجه العموم فخصَّصتها السُّنة بألَّا تكون لأحدٍ من الوارثين وأنه: «لا وصية لوارث».

ثالثًا: خبر الآحاد:

هو ما رواه عن رسول الله ﷺ عددٌ لم يبلغ حدَّ التواتر لا في عصر الصحابة ولا في عصر التابعين ولا في عصر تابعي التابعين، ومعظم السُّنة التي بين أيدينا من أخبار الآحاد. وبهذا فهو الخبر الذي يرويه الواحد أو الاثنان أو أكثر مما دون المشهور والمتواتر[٣٢]. ومنه حديث: «إن أَحَقَّ الشروط أن تُوفوا به ما استحللتم به الفروجَ»[٣٣]، والشرط في قبول خبر الواحد بوجه العموم ألَّا يخالف دليلًا أقوى منه، مثل أن يخالف «الظاهرَ من الكتاب (فإنه) أَحَقُّ من نَصِّ الآحاد»[٣٤].

ويدلُّ تتبُّع ما جاء في تناول الجصاص لخبر الواحد على وجود تنازعٍ كبير في عصر الصحابة والتابعين حول قبول هذا الخبر، وشروط هذا القبول، مما يحتاج إلى مراجعة خاصَّة. وأجمل ذلك بالإشارة إلى هذه الأقوال التالية:

أ - **ردُّ خبر الواحد واشتراط رواية اثنين في الأقل**، قياسًا على الشهادة، واستنادًا إلى مسلك أبي بكر في توريث الجدَّة حينما جاءته تلتمس ميراثها[٣٥]. ويذكر الجصاص هذا الرأي بقوله: «وقد ذهب بعض أهل العلم إلى قبولِ خبر الاثنين، وردِّ خبر الواحد»[٣٦].

ب - **ردُّ الأخبار المختلف فيها وإثبات المتفق عليها**. وهذا القول عنده ظاهر الفساد من الوجهة المنطقيَّة؛ لأن مجرَّد الخلاف في تصديق الخبر لا يفيد كذبه[٣٧].

---

(٣٢) شرح كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٢/ ٣٧٠).
(٣٣) أخرجه أبو داود في كتاب: النكاح، باب: في الرجل يشترط لها دارها (٢١٤١).
(٣٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٣/ ١١).
(٣٥) الفصول في الأصول للجصاص (٣/ ٩٤).
(٣٦) نفسه (٣/ ٩٤).
(٣٧) الفصول للجصاص (٣/ ٥٨).

ج - **ردُّ خبر غير المعصوم**، وهو ما قال به الشيعة. ولا يصحُّ هذا القول من الوجهة العلميَّة؛ لأن الأخبار لا يتوقف صدقها على قول واحدٍ بعينه أو مجموعة معينة، وإنما الواجب قبولها إذا وافقت الحقيقة وتُرد إذا خالفتها[٣٨].

د - **قبول خبر الواحد بشروطٍ في الرواة والمرويِّ**، طبقًا لما يأتي توضيحه بعد قليل، وهو الرأي الذي تلقَّاه جمهور العلماء بالقبول.

القرائن المقوِّية لصدق خبر الواحد:

يدلُّ النقاش الباكر حول حجيَّة خبر الواحد على أن الحكم بقبولِ الحديث أو ردِّه في البيئات الفقهية على وجه العموم قد سبق هذا التصنيف الذي برز بعد ذلك في هذه البيئات نفسها. ومن المعايير الواضحة المنصوص عليها كثيرًا في الحكم على الحديث أن يشيع الحديث في أيٍّ من هذه البيئات، وينتشر العمل به، لتلقي الثقات له بالقبول. ومشهور قول مالك: «والذي عليه المُعَوَّلُ أن الحديث إن عضَّدته قاعدةٌ أخرى قال به، وإن كان وَحْدَهُ تركه». ولهذا يقبل حديث جواز بيع العرايا استثناءً من تحريم بيع التمر بالرطب؛ لأنه إن صدمته قاعدةُ الربا عضَّدته قاعدة المعروف[٣٩].

ومن هذه القرائن أيضًا الإجماع على تلقي متن الحديث بالقبول؛ ذلك أن «خبر الواحد إذا ساعده الإجماعُ كان ذلك دليلًا على صحَّته، ومُوجِبًا للعلم بمخبره؛ فإنه نحو ما رُوِيَ عن النبيِّ - عليه السلام - أنه قال: «لا وصيَّةَ لوارِثٍ» إنما رُوِيَ من طريق الآحاد، واتفق الفقهاء على العمل به، فدلَّ على صحَّة مخرجه»[٤٠].

---

(٣٨) الفصول للجصاص (٣/ ٥٨).

(٣٩) الموافقات للشاطبي (٣/ ٢٠٢)، وانظر المسألة في: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر، تحقيق: محمد محمد أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى (١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م)، (٢/ ٦٥٤)؛ والتفريع في فقه الإمام مالك بن أنس لابن الجَلَّاب، تحقيق :سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م)، (٢/ ١٥٠).

(٤٠) نفسه (٣/ ٦٧).

ومنها أيضًا موافقة الحديث للأصول، وعدم معارضته لها؛ ولذا ردَّ عمر خَبَرَ فاطمة بنتِ قَيْسٍ أنها طلقت فلم يجعل لها رسول الله نفقةً ولا سُكْنى. وإنما ردَّه عمرُ؛ لأنه كان عنده خِلافَ الكتاب، في إبطاله السُّكْنى، وهو منصوصٌ في الكتاب في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦]. وقد استقرَّ هذا عند الأحناف والمالكية تحت عنوان عرض الحديث على القرآن لقبوله عند الموافقة وردِّه بالمخالفة. ولهذا ردَّ مالكٌ حديثَ خيار المجلس[٤١]، كما ردَّ الأحناف به حديثَ المصراة، وردوا كذلك حديث زيد بن ثابت في القضاء بشاهدٍ ويمين، لمخالفته قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢][٤٢]. ورغم اشتراك مالكٍ وأبي حنيفة في العمل بهذا المعيار، فقد استجاز كثير من أهل الحديث، كما يقول ابن عبد البر: «الطعنَ على أبي حنيفة لردِّه كثيرًا من أخبار الآحاد العُدول؛ لأنه كان يذهب في ذلك إلى عرضها على ما اجتُمع عليه من الأحاديث ومعاني القرآن؛ فما شَذَّ من ذلك ردَّه وسمَّاه شاذًا»[٤٣].

لكن كان من الطبيعي أن ينفر أهل الحديث من هذا المبدأ نفورًا شديدًا، ويرون فيه تهديدًا لمطلق العمل بالسُّنة؛ ولهذا لا يتصور ابن حزم وجود أي تعارضٍ بين الحديث الصحيح والقرآن[٤٤]. وقد ذكر عيسى بن أبان أن «خبر الواحد يُرَدُّ لمعارضة السُّنة الثابتة إيَّاه، أو أن يتعلَّق القرآنُ بخلافه فيما لا يحتملُ المعاني، أو يكون من الأمور العامَّة، فيجيء خبرٌ خاصٌّ لا تعرفه العامَّةُ، أو يكون شاذًا قد رواه الناسُ، وعملوا بخلافه»[٤٥].

وكانوا يردون الأخبار كذلك إذا خالفت ما عليه عمل الناس، من ذلك ما

---

(٤١) عبد المجيد محمود، الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري، مكتبة الخانجي، الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م)، ص٢٠٥.

(٤٢) فصول البدائع في أصول الشرائع للفناري، تحقيق: محمود حسين إسماعيل، (٢٠٠٦م)، (٢/ ٢٦١).

(٤٣) الموافقات (٢/ ٢٠٣).

(٤٤) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٢/ ٨١).

(٤٥) نفسه (٣/ ١١٣).

رُوِيَ عن النبي ﷺ في مَنْ وقع على جارية امرأته: أنها إن طاوعته فهي له وعليه مثلها، وإن كان استكرهها فهي حُرَّةٌ وعليه مثلها[٤٦].

ومن العلل التي كانوا يردون بها أخبار الآحاد منافاتها «موجباتِ أحكام العقول؛ لأن العقولَ حُجَّةٌ لله تعالى. وغير جائز انقلابُ ما دلَّت عليه وأوجبته. وكلُّ خبرٍ يضادُّه حُجَّةٌ للعقل فهو فاسدٌ غير مقبول. وحُجَّةُ العقل ثابتةٌ صحيحةٌ، إلَّا أن يكون الخبر محتملًا لوجهٍ لا يخالف به أحكامَ العقول، فيكون محمولًا على ذلك الوجه»[٤٧].

ومن هذا القبيلِ أيضًا الإخبار بقصةٍ مشهورةٍ شهدتها جماعةٌ كثيرة، فيبلغ ذلك الجماعةَ فلا تُنكره، فيدلُّ ذلك على أنهم عالمون بصحَّة ما أخبر به؛ «إذ غير جائزٍ من مثلهم على ما جرت به العادةُ، وامتحنَّاهُ من أحوال الناس: تَرْكُ النكير على مثله، إذا لم يعرفوا ذلك من خبره، وهو في هذا الباب يجري مجرى كتمان الأمور العظام، والأعاجيب الحادثة في أنه غير جائزٍ على مثل هذه الجماعة كتمانها، فكذلك ترك النكير غير جائزٍ من مثلهم»[٤٨].

وقد ردوا كذلك ما عمَّت به البلوى، وانفرد به أحدُ الرواة؛ لأن هذا الذي عمَّت به البلوى مما يستلزم كثرة شهوده، وتوافر الدواعي على نقله، فإذا انفرد به آحاد الناس قويت الشكوك في صدقهم فلا يقبل قولهم. من ذلك الروايات الخاصَّة بتعيين الإمام بعده؛ لأنه لو حدث لكان أمرًا عظيمًا يستتبع وجوب تتابع روايته، ولم ينفرد به واحدٌ أو اثنان أو العدد القليل، مما يستوجب ردَّ الروايات القليلة الواردة في هذا الشأن.

وقد تردَّد الأحناف في قبول أخبار الآحاد في مجال العقوبات؛ إذ يرى أبو يوسف إثباتها بهذه الأخبار، خلافًا لغيره ممَّن رأى أنها لا تثبت بها؛ «لتمكُّنِ الشبهة في الدليل، والحدُّ يندرئ بها»[٤٩].

---

(٤٦) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٣/ ١١٧).

(٤٧) نفسه (٣/ ١٢١) وما بعدها.

(٤٨) نفسه (٣/ ٦٧).

(٤٩) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، مكتبة صبيح، القاهرة، (بدون تاريخ)، (٢/ ٢٠) وما بعدها.

وكانوا يحاذرون من قبول أحاديث بعض رواة الصحابة الذين أولاهم المحدثون ثقتهم الكاملة بعد ذلك. فهذا عيسى بن أبان يردُّ من حديث أبي هريرة ما يخالف القياس، أو السُّنة المعروفة. وقال: «ولم يُنَزِّلْ حديثُ أبي هريرة منزلةَ حديث غيره من المعروفين بحملِ الحديث والحفظ، لكثرةِ ما نكِرَ الناسُ من حديثه، وشكِّهم في أشياء من روايته». وقال إبراهيم النخعي: «كانوا يأخذون من حديث أبي هريرة ويدعون»، وقال: «كانوا لا يأخذون من حديث أبي هريرة إلَّا ما كان في ذكر الجنَّة والنار»[٥٠].

ومن هذا فإنهم كانوا يتعقبون مرويات الراوي مهما بلغت مكانته، فإن وجدوا تناقضًا بينها أوجبوا التثبُّت في قبول خبره[٥١]. وقد رُوِيَ عن عمر أنه قال لأبي هريرة لمَّا بلغه أنه يروي عن رسول الله ﷺ أشياءَ لا تُعرف: لئن لم تكُفَّ عن هذا لأُلحقك بجبال دَوْسٍ»[٥٢].

وكانوا يردون روايات غير المؤهلين لتحمُّل الرواية عن الرسول، مثل الأعراب. وبان لهم - فيما يشير الجصاص - «وقوع الغلط من الرواة الثقات في الأخبار»، وأنه لا يجوز «الإقدامُ على إثبات سُنَنِ رسول الله ﷺ بظاهر الروايات الواردة، دون عرضها على الأصول؛ إذ غير جائزٍ قبولُ جميعها، وإضافتُها إلى رسول الله ﷺ مع ما فيها من الاختلاف والتضاد»[٥٣].

أحكام خبر الآحاد:

يتعلَّق بخبر الواحد الأحكام التالية:

١. يفيد خبر الواحد الظنَّ الراجح باجتماع شروط الصدق والضبط في الراوي، لكن بعض المحدثين ذهبوا إلى أنه يفيد العلم اليقيني متى ثبت صدق الراوي. ويستبعد الغزالي على أصحاب هذا الرأي أن يكونوا قد عنوه فعلًا؛ ولذا يحمل العلم المستفاد من خبر الواحد عندهم على العلم

(٥٠) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٣/ ١٢٧).
(٥١) نفسه (٣/ ١٣١).
(٥٢) نفسه (٣/ ١٣٢).
(٥٣) نفسه (٣/ ١٣٩).

الظني. وينسب الجويني وجوب العلم بخبر الواحد العدل إلى بعض الحنابلة وبعض المحدثين، ويردُّ هذا الرأي باحتمال سهو الراوي العدل أو الخطأ في الحكم بعدالته.

٢. يجب العمل بخبر الواحد متى ثبت صدق الراوي وضبطه في أمور التشريع والأخلاق، لكن لا يجب العمل به في مجال الاعتقاد؛ لأن الاعتقاد لا يُبنى على الظنِّ بل على اليقين.

٣. خَبَرُ الواحد إذا رواه العدلُ الثقة الذي لم يظهر من السلف النكيرُ عليه في رواياته مقدَّمٌ على القياس[٥٤]؛ لأن القاعدة أنه لا اجتهاد مع النص.

والدليل على وجوب العمل بخبر الواحد في الأمور العمليَّة إجماع الصحابة.

شروط العمل بخبر الواحد:

تتنوَّع الشروط الواجبة للعمل بخبر الواحد إلى ما يتعلَّق بالراوي وإلى ما يتعلَّق بالمرويِّ.

أما الذي **يتعلَّق بالراوي** فشروطه:

(١) **التمييز وكمال العقل**: فلا تُقبل رواية المجنون والصبي الذي لا يميز، أما الصبي المميز فقد قبِل العلماء روايته، وقد كثرت الرواية عن عددٍ من الصحابة الذين سمعوا من النبي ﷺ في صغرهم، من هؤلاء: أنس بن مالك، وابن عباس، وأبو سعيد الخدري. أما الغزالي فيشترط البلوغ في الراوي لقبول خبره، ويروي إجماع الصحابة على ردِّ أخبار الصبيان.

(٢) **العدالة**: فلا تُقبل رواية الفاسق؛ لأنه غير أهلٍ للثقة، والعدالة معناها في اللغة الاستقامة، وهي في الاصطلاح بمعنى رجحان جهة الدين والعقل على طريق الهوى والشهوة؛ ولذا تسقط عدالة الراوي بارتكابه الكبائر وإصراره على الصغائر أو ارتكابه شيئًا من الأشياء المخِلة بالمروءة كأخذ أشياء الناس دون إذنهم.

---

(٥٤) شرح التلويح (٣/ ١٤٠).

(٣) **الضبط**: وهو قدرة الراوي على أداء ما سمعه كما هو دون تزيدٍ أو نقصان، أما إذا لم يكن قادرًا على ضبط ما يسمعه وأدائه كما سمعه فلا يُعتَدُّ بروايته.

ويُشترط في **المرويِّ** أمور أهمها:

(١) **ألَّا يخالف «المرويُّ ما هو معلوم بضرورة العقل أو نظره أو الحس أو المشاهدة أو أخبار التواتر، وبالجملة كل ما خالف علمًا يقينيًّا»**. ويستقيم هذا الاشتراط مع إفادة خبر الواحد الظن، ومفاد هذا الشرط أن خبر الواحد إذا عارض ما هو أقوى منه لم يجب العمل به.

(٢) **ألَّا يخالف «نصًّا قاطعًا من كتابٍ أو سُنَّة أو إجماع الأمَّة»**.

(٣) **ألَّا يكون المرويُّ أمرًا عامًّا تتوافر الدواعي على نقلِهِ وينفرد بروايته أحدُ الناس**؛ ولذا لو روى أحدٌ أن الرسول ﷺ أعقب جماعة من الذكور، أو أنه نصَّ على إمامٍ بعينه أمام الناس، أو أنه فرض صلاة سادسة؛ قطعنا بكذب الراوي؛ لأن الموضوع عامٌّ، وتحيل العادة كتمان مثل ذلك؛ لتوافر الدواعي على نقل مثل هذه الأمور؛ ولذا لا يُقبل انفراد أحد الرواة برواية شيء من مثل ذلك.

رابعًا: الأحاديث المرسَلة:

يُعَدُّ الحديث مرسلًا إذا رواه التابعيُّ عن الرسول ﷺ دون ذكرِ اسم الصحابي الذي روى عنه، من ذلك ما رواه الحسن البصري وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم من أعلام التابعين. هذا اصطلاحُ جمهور أهل الحديث. وأما جمهور أهل الأصول فقالوا: المرسَل هو إسناد أحد التابعين أو تابعي التابعين أو من بعدهم الحديث إلى النبي ﷺ[٥٥]. وقد قلَّت أهمية هذا النقاش حول هذا النوع من الأحاديث بعد تدوين السُّنة وضبط

---

(٥٥) إرشاد الفحول للشوكاني، تحقيق: أحمد عزو، دار الكتاب العربي، (١٩٩٩م)، (١/ ١٧٣)؛ والمعتمد لأبي الحسين البصري، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، (بدون تاريخ)، (٣/ ١٤٠)؛ والبحر المحيط (٦/ ٣٣٨).

روايتها، فيما يشير إليه أبو الحسين البصري؛ فإن «الخبر إن كان معروفًا في جملة الأحاديث فقد عرفت رواته، وإن لم يكن معروفًا لم يقبل، لا لأنه مرسل؛ بل لأن الأحاديث قد ضُبطت وجُمعت، فما لا يعرفه أصحاب الحديث منها في وقتنا»(٥٦)، فلا اعتداد به.

وقد اختلف الفقهاء في حجيَّة المرسل على النحو التالي:

مذهب الأحناف قبول العمل بمراسيل كبار التابعين؛ لأنهم كانوا يروون عن الصحابة، وهم أثبات عدول، كذلك فإنهم كانوا يرسلون الحديث إذا تعدَّدت طرق روايته لهم، ويستدلُّ على هذا بما يقوله الأعمش أنه سأل إبراهيم النخعي أن يسند له الحديث إذا روى عن ابن مسعود، فقال له: إذا قلت حدثني فلان عن عبد الله فهو الذي رواه، وإذا قلت قال عبد الله فغير واحد. ولا يختلف موقف المالكية والحنابلة عن ذلك.

أما الشافعي فلا يقبل العمل بالمرسل، وهو الذي اختاره الغزالي ورجَّحه في كتابه «المستصفى» الذي ألَّفه في أخريات حياته بعد أن كان يميل إلى قبول العمل بالمراسيل، طبقًا لما ذكره في «المنخول» الذي ألَّفه في بداية حياته العلمية، ويلخِّص الغزالي موقف العلماء من هذا النوع من الحديث بقوله: «المرسل مقبولٌ عند مالك وأبي حنيفة والجماهير ومردود عند الشافعي، وهو المختار». وقد أخذ المحدثون برأي الشافعي ومالوا إليه. ويرده ابن حزم كذلك(٥٧)، ويلخِّص الزركشي الموقف من العمل بالمراسيل بما لا يخرج عن ذلك(٥٨).

ويتفق أخذ أئمَّة الأحناف والمالكية بالحديث المرسل دون الشافعية والمحدثين مع تطوُّر نظام الإسناد، حيث لم يظهر هذا النظام دفعة واحدة، وبدأ الاهتمام به بعد حدوث الفتنة وانقسام المسلمين بين عليٍّ ومعاوية، وظلَّ في التطوُّر طيلة القرن الأول الهجري، وكان من الطبيعي ألَّا تشترط مدرستا

---

(٥٦) المعتمد لأبي الحسين البصري (٣/ ١٤٠).

(٥٧) الإحكام لابن حزم، تحقيق: أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، (بدون تاريخ)، (٢/ ٢).

(٥٨) البحر المحيط (٣/ ١٤٠)، والمستصفى (١/ ١٦٩)، والإحكام للآمدي (٢/ ١٣٢).

المدينة والكوفة الاتصالَ في الحديث وتحديد التابعي لاسم الصحابي الذي روى عنه، وورث المذهبان المالكي والحنفي تقاليد هاتين المدرستين، فأخذا بالحديث المرسل.

أما المذاهب التي ظهرت بعد اكتمال نظام الإسناد، فقد حقَّ لها أن تنظر إلى الحديث المرسل بعينِ الحذر والتوجُّس. وحجَّة عدم قبول الحديث المرسل قويةٌ على ضوء اعتماد تصحيح الحديث على أساس الثقة بعدالة الراوي، فإن الراوي لو ذكر الشيخ المرويَّ عنه ولم يكن عدلًا لم يُقبل الحديث، وإذا لم يسمِّه فإن الجهل بحاله يكون أتمَّ، فمَنْ لا يُعرف شخصه لا تُعرف عدالته. وكذلك فإن التابعي لا يروي عن الصحابة وحدهم، بل يحتمل - وهو الغالب - أن يروي عن تابعيٍّ أكبر أو أحفظ للأحاديث منه، وهذا هو الذي دفع المحدثين إلى إنكار حجيَّة الحديث المرسل، خاصةً وقد اختلط الإرسال بالانقطاع، في اصطلاح الأصوليين على ما تقدَّم، واكتمل جمع الأحاديث بأسانيدها في مدوَّنات الحديث.

رواية الحديث بالمعنى:

لا خلاف بين الأصوليين على تفضيل رواية الحديث بلفظه لمن يتذكَّر لفظه؛ لأنه الأحوطُ في نقل المعنى، كما أنه لا خلاف بينهم على تحريم رواية الحديث بمعناه من غير قدرة على ضبط لفظه، وذلك إذا لم يكن الراوي عالمًا بمدلولات الألفاظ، وقادرًا على أداء المعنى الذي سِيق له الحديث.

ويفرِّق الغزالي بين الجاهلِ بمواقع الخطاب ودقائق الألفاظ، والعالمِ بالفرق بين المحتمل وغير المحتمل، والظاهر والأظهر، والعام والأعم، ليذكر جواز رواية الحديث بالمعنى للعالم بهذه الفروق عند «الشافعي ومالك وأبي حنيفة وجماهير الفقهاء... وقال فريق: لا يجوز إلَّا إبدال اللفظ بما يرادفه ويساويه في المعنى، كما يُبدل القعودُ بالجلوس والعلمُ بالمعرفة والاستطاعةُ بالقدرة... وعلى الجملة، ما لا يتطرق إليه تفاوتٌ بالاستنباط والفهم»[٥٩].

---

(٥٩) المستصفى (١/ ١٣٣).

ويجمل الإسنوي المذاهب بالتردُّد في ذلك بين الجواز للصحابي دون غيره، والمنع مطلقًا، والمنع لمن يتمكَّن من أداء الحديث بلفظه[٦٠]. ويرجِّح الزركشي جواز رواية الحديث بالمعنى ووجوب «قبوله، كما لو رُوِيَ باللفظ، وبه قال الأئمَّة الأربعة وأكثر السلف، لكن بشرط أن يكون الراوي عارفًا بدلالات الألفاظ واختلاف مواقعها، وأن لا يزيد ولا ينقص فيه، ويساوي الأصل في الجلاء والخفاء»[٦١].

ومن الواضح أن كتب السُّنة قد اشتملت على كثيرٍ من المرويات المتجهة إلى معنى النصِّ دون لفظه؛ مثل: «نهى عن بيع الغرر»، و«نهى عن نكاح الشغار»، و«قضى بأن الخراج بالضمان»، و«قضى بالشفعة للجار»، فاللفظ في هذا كلِّه للراوي بناءً على المعنى الذي استظهره من الشارع.

ولا يُفهم هذا الخلاف في سياقه التاريخي إلا بالتفريق بين مرحلتين:

أولاهما: فترة الاعتماد على المشافهة التي امتدَّت من عصر الصحابة والأجيال التالية لهم.

والأخرى: فترة التدوين التي بدأت بالموطأ، واستمرت مع مصنفَي عبد الرزاق وابن أبي شيبة، ومسند أحمد، والصحيحين والسُّنن.

وقد كان من الطبيعي أن يجري التسامح في الرواية بالمعنى في فترة المشافهة، ضرورة ألَّا تضيع السُّنن مع مسيس الحاجة إلى الاسترشاد بها. وإذ لم تعد هناك هذه الضرورة في فترة التدوين، فإن الاتجاه إلى التضييق في الرواية بالمعنى أو المنع منها هو الذي بدا أكثر قبولًا من الوجهة المنطقية، لتيسُّر الرجوع إلى المدونات الحديثية، ويتضح إدراكهم الفرق بين مرحلتي المشافهة والتدوين فيما يذكره ابن الصلاح من أن هذا الخلاف لا يجري في الكتب المصنَّفة، لتيسُّر الرجوع إلى ألفاظها.

---

(٦٠) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (١٤٠٠هـ)، ص١٦٤.

(٦١) تشنيف المسامع للزركشي، تحقيق: سيد عبد العزيز وعبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، (١٩٩٨م)، (٢/١٠٥٣).

وينتهي الخلاف بين الأصوليين في حكم رواية الحديث بالمعنى إلى هذا التضييق، بعد انتهاء فترة المشافهة. ويرجع هذا التقييد في مجمله إلى اشتراط عددٍ من الشروط في الراوي، بأن يكون عالمًا يفهم دلالات الألفاظ، ويستطيع المحافظة على المعنى. وقد اشترطوا شروطًا أخرى ترجع إلى المتن نفسه، وذلك بحصر جواز التبديل للألفاظ في نطاق المترادفات التي لا يتغيَّر المعنى بتبديلها. وينبني هذا التيسير المحدود في اتجاه جمهور الأصوليين إلى الحكم بجواز رواية الخبر على المعنى، وعدم الإلجاء إلى التقيُّد باللفظ على ملاحظة أحوال الرواية ذاتها، واتساع مجاميع الحديث للتعبير عن المعاني بألفاظٍ متقاربة، مع اشتمالِ كثيرٍ من المرويات المتقاربة المعاني على زياداتٍ في نصوصها.

وتنطوي إجازة الرواية بالمعنى لدى المتأخرين بعد اكتمال تدوين الحديث على التأثُّر بمذاهب أئمتهم في فترة المشافهة، وعلى مراعاة واقع مدونات الحديث التي اتسعت لمروياتٍ تعدَّدت صيغها. وكان من الضروري أن يسندوا موقفهم المجيز لتعدُّد صيغ المرويات بالأدلَّة التالية:

١ - مسلك أصحاب رسول الله ﷺ في نقل المعنى الواحد في الموضوع الواحد بألفاظٍ مختلفة. ذلك أن «الصحابة رضي الله عنهم ربما نقلوا القصَّة الواحدة بألفاظٍ مختلفة، وكتب الحديث تشهد بذلك. ومن الواضح أن النبي ﷺ لم يذكر تلك القصَّة بجميع تلك الألفاظ، بل نحن في بعضها قاطعون بذلك، وكان هذا شائعًا بينهم ذائعًا غير منكر من أحد، فكان إجماعًا على جواز نقل الحديث بالمعنى»[٦٢].

٢ - مسلك الرسول ﷺ في تكليف أصحابه بتبليغ أوامره ونواهيه دون أن يكلِّفهم حفظ ألفاظه إلَّا في الأمور المتعبَّد بها، كحفظ ألفاظ التشهد والأذان، أما فيما لا تعبُّد بحفظ الألفاظ فيه فلم يقصد الرسول ﷺ إلَّا إلى امتثال أوامره وطاعة ما يبلِّغه من أحكام.

---

(٦٢) الإبهاج شرح المنهاج لتقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٩٩٥م)، (٢/ ٣٤٥).

٣ - الاستدلال بجواز ترجمة معاني السُّنة إلى لغاتٍ أخرى على جواز نقل هذه المعاني بألفاظٍ عربية أخرى غير تلك التي نطق بها الرسول ﷺ المبعوث للعرب وغيرهم، «ولا يتأتَّى إيصال أوامره إلى معظم خليقة الله سبحانه وتعالى إلا بالترجمة».

ومفاد هذا الدليل الذي يسوقه الجويني أنه إذا جازت ترجمة الأحاديث من اللغة العربية إلى غيرها، فإنه يجوز إحلال الألفاظ محل ألفاظٍ أخرى إذا تحقَّق الحفاظ على المعنى.

أما الاتجاه الآخر الذي ظهر بعد تدوين السُّنة، وانتشار مجاميعها المعروفة، فهو ما ذهب إليه جمهور المحدثين. ويقضي هذا الاتجاه بالمنع من رواية الحديث بالمعنى قصدًا إلى الحفاظ على الحديث والحذر من البُعْد عن المعنى المتضمَّن في النص؛ إذ يصعب الحفاظ على المعنى مع تبديل الألفاظ واختلافها، يتأكَّد هذا بملاحظة اختلاف الشرَّاح في تفسير النصِّ الواحد تبعًا لاختلاف خبراتهم وآرائهم، فإذا جاز لهم الرواية بالمعنى وقع التفاوت بينهم تبعًا لذلك.

ويستدلُّ أصحاب هذا الاتجاه بما رُوِيَ من قوله ﷺ: «نضَّر الله امْرَأً سمع مقالتي فوعاها ثم أدَّاها كما سمعها، فَرُبَّ حامل فقه غير فقيه، وَرُبَّ حامل فقه إلى مَنْ هو أفقه منه». غير أن الجويني يرفض الاستدلال بهذا الحديث في هذا المقام، بناءً على أنه من أخبار الآحاد التي لا يُستَدلُّ بها في الأمور القطعيَّة والأصول. وهذا هو مقصوده بقوله في التعقيب على الحديث: «هذا أولًا من أخبار الآحاد، ونحن نحاول الخوض في مخاض القطعيات».

أما الآمدي فلا يرفض الاستدلال بهذا الحديث على جواز رواية الحديث بالمعنى، ويبيِّن دلالته على هذا الجواز بأن مَنْ أدَّى معنى الحديث وإن لم يحافظ على لفظه يكون مؤديًا له كما سمعه. وفضلًا عن ذلك، فإن هذا الحديث نفسه قد رُوِيَ بألفاظٍ مختلفة والمعنى واحد، «فإنه قد رُوِيَ: نضَّر الله امرأً ورحم الله امرأً، وَرُبَّ حامل فقه غير فقيه، ورُوِيَ: لا فقه له».

ومع ذلك، فإن هناك أمرين ينبغي الالتفات إليهما:

(١) يترجَّح جواز رواية الحديث بالمعنى فيما يدلُّ عليه مسلك كبار

المحدثين أنفسهم؛ ذلك أنهم يروون الحديث بألفاظٍ مختلفة في أحيانٍ كثيرة، ولا يمتنعون من رواية الحديث إذا اختلفت ألفاظه باختلاف طرقه ورواته، ولا يدلُّ رأيهم في المنع من رواية الحديث بالمعنى إلا على الرغبة في بذل الجهد للحفاظ على لفظ الحديث عند روايته تحرزًا عن التغيير في معنى الحديث.

(٢) لا يفيد هذا الترجيح جواز تعمُّد مخالفة ألفاظ الحديث مع تذكُّرها، وإنما يفيد جواز رواية معنى الحدث إذا لم يتذكَّر الراوي ألفاظه، ولا يجب عليه أن يمتنع عن الرواية إذا سها عن بعض ألفاظ الحديث مع تأكُّده من حفاظه على المعنى. أما إذا تأكَّد من السهو عن بعض الألفاظ وتأكَّد من عدم ضبط المعنى المتضمَّن في الحديث، فإنه لا يجوز له أن يرويه.

(٣) فتحت الرواية بالمعنى البابَ أمام اختلاف نصوص الحديث الواحد في الصياغات وإضافة عددٍ من الزيادات، مما يرجع بعضها إلى أن يكون تفسيرًا مدرجًا من الراوي لمتن الحديث، بغرض توضيحه. ويلزم إجراء دراسة مستقلة لصيغ الحديث المختلفة، والزيادات والإدراجات، لتصنيفها وتحديد متن الحديث، وما أُضيف إليه، وأسباب هذه الإضافة.

السُّنة التشريعية وغير التشريعية:

خلافًا لكثيرٍ من المستشرقين، يذكر نيكولا أجنايدس في كتابه «النظريات المالية الإسلامية» أن ما دوَّنته كتب السُّنة المعتبرة الصحيحة عند المسلمين سِجلٌ قيِّم للعمل التشريعي الإسلامي في بداية ظهوره ونموِّه. وإنما اكتسبت السُّنة أهميةً تشريعية بالغة بحثِّ القرآن على اتباعها في هذه القاعدة الدستورية التي حدَّدت مصدر القواعد القانونية الواجبة الاتباع. وتتمثَّل هذه القاعدة الأساسية في الأمر المتكرِّر الورود في القرآن بطاعة الله ورسوله. ولذا عُني الفقهاء والقضاة وأولو الأمر منذ البداية بالرجوع إليها لمعرفة حكم الشرع في كل ما عرض لهم من نوازل، سواء ما تعلَّق منها بالعبادات أو المعاملات أو الجنايات أو المعاهدات والعلاقات مع الدول الأخرى، وغير ذلك من المجالات التشريعية الأخرى.

وقام النظر الفقهي في بداياته على المزجِ بين جمع ما صحَّ من السُّنة

والاستنباط والاجتهاد على النحو الذي يبرزه موطأ مالك. وأشير هنا إلى تلك الدراسة العتيدة التي عقدها الطاهر بن عاشور لهذا الكتاب، وعنوانها: «**كشف المغطَّى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطَّا**». وقد أوضحت هذه الدراسة منهجَ «**الموطأ**» في جمع النصوص التشريعية الصحيحة من السُّنة النبوية والآثار المرويَّة عن الخلفاء الراشدين، وفقهاء الصحابة، ومَنْ بعدهم من فقهاء المدينة، وما جرى عليه العمل عندهم. وقد رتَّب هذه المادة التشريعية مع تمحيصها ترتيبًا فقهيًّا بعناوين تشريعية، مثل: باب ما جاء في جواز كذا، وباب ما جاء في تحريم كذا. وقد كان هذا مثالًا جرى عليه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

وقد «أحصى العلماء عدد ما ورد فيه من أحاديث، بلغ بها الأبهري (١٧٢٠) حديثًا». المسند المتصل منها: (٦٠٠)، والمراسيل: (٢٢٢)، والموقوف: (٦١٣)، مع عدد من أحاديث أخرى منقطعة. ويضمُّ «**الموطأ**» أيضًا أقوال الصحابة وفقهاء التابعين، واجتهادات مالك المستندة إلى العمل والقياس وقواعد الشريعة.

وفي «**كشف المغطَّى**» دراسة مستفيضة لعددٍ من هذه الاجتهادات والأحاديث التي تضمَّنها الموطأ. من ذلك التعقيب على ما ورد بشأن ضرب الرجل زوجته بالإشارة إلى قول عطاء: «لا يضرب الرجل زوجته، ولكن يغضب عليها». ويستند عطاء في هذا إلى قوله ﷺ: «ولن يضرب خياركم». والجمهور في هذا - فيما يذكره ابن عاشور - على تقييد الضرب بعدم الإضرار، بأن يكون الطرفان ممَّن لا يعدون الضرب إهانةً، وبعقاب أولي الأمر مَن ينزل الضرر بالضرب.

ويشير ابن عاشور كذلك إلى موقف مالكٍ من حديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، مفسرًا تركه العمل به لِما فيه من إجمالٍ يتعذَّر معه ضبط المطالبة بالحقوق، فيرجع في ضبطها إلى القواعد العامَّة الموجبة لترتيب الالتزامات على العقد ذاته. ويشير كذلك إلى أنه ﷺ: «قطع لبلال بن الحارث معادن القبلية»[٦٣]، وتعقيب مالك بأن تلك المعادن لا يؤخذ منها زكاة إلى اليوم، مما

---

(٦٣) الموطأ، كتاب: الزكاة، باب: الزكاة في المعادن (١/ ٢٤٨).

يشير إلى قرينة تصحيح الحديث بموافقته المعمول به. ويتفرع عن هذه القرينة - على سبيل الاستطراد - قرينة طرح الحديث إذا خالف عمل الراوي.

وقد ناقض ابن عاشور كذلك الأثر الذي رواه مالك عن عمر بن الخطاب، حيث كان «حاطب يبيع من زبيبه بأقل مما يبيعه به أهل السوق، فقال له عمر: إما أن تبيع كما يبيع الناس، وإلا فارفع من سوقنا»[٦٤].

أما الكتابان الآخران المتعلِّقان بالكشف عن دور السُّنة التشريعية مما تجدر الإشارة إليه هنا، فهما: كتاب الطاهر بن عاشور الآخر، وعنوانه: **«النظر الفسيح عند مضائق الأنظار في الجامع الصحيح»**، وهو مثل **«كشف المغطّى»** في منهجه ومادته. والآخر كتاب: **«الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث»** للدكتور عبد المجيد محمود الذي أشرت إليه فيما سبق.

ويحذِّر الدهلوي من تحريف التشريع، بأن يُحمل «كل ما فعله النبي ﷺ على العبادة، والحقُّ أنه فعل أشياء على العادة، فيظن أن الأمر والنهي شملا هذه الأشياء»[٦٥]. ولم تبطل السُّنة من عادات أهل الجاهلية إلَّا ما كان منها مضيقًا على الناس، أو مورثًا لضغينة، أو مجافيًا للعدل.

ويذكر الدهلوي أن «الراسخ في العلم يعلم أن الشرع لم يجئ في النكاح والطلاق والمعاملات والقضاء بما لم يكن لهم به علم... وإنما وقع إقامة المعْوَج، وتصحيح السقيم: كان قد كثر فيهم الربا فنهوا عنه... وكان قباذ وابنه أنوشروان وضعا عليهم الخراج والعشر، فجاء الشرع بنحوٍ من ذلك... وأمثال هذا كثيرة جدًّا لا تخفى على المتتبِّع... واعلم أنه كان في أهل الجاهلية مناقشاتٌ ضيَّقت على القوم وصعَّبت، ولم يكن زوالها إلا بقطعِ رؤوسهم في ذلك الباب، كثأر القتلى... فقال النبي ﷺ: كلُّ دَم موضوعٌ تحتَ قدمي، وأولُ دَمٍ أضعه دَمُ ربيعة. وكالمواريث... وكان الناس لا يمتنعون من نحو غصب وربا، فقطع النبي المناقشة من بينهم، وقال: كل شيء أدركه الإسلام يُقسم

---

(٦٤) الموطأ، كتاب: البيوع، باب: الحكرة والتربص (٢/١٥٦).

(٦٥) حجة الله البالغة للدهلوي، تحقيق: سيد سابق، دار الكتب الحديثة، مكتبة المثنى، القاهرة، بغداد، ص٢١١.

على أحكام القرآن، وكل ما قُسِمَ في الجاهلية أو حازه إنسانٌ في الجاهلية بوجهٍ من الوجوه، فهو على ما كان لا يُنقض... واعلم أنه ربما يُشرع للناس رسمٌ قطعًا لضغانهم، كالابتداء من اليمين في السقي ونحوه»[٦٦].

وقد انتهى الدهلوي من هذا كلِّه إلى أن الشريعة قد راعت عند نزولها الأحوال والخصائص المميزة للأمَّة العربية حتى تستجيب للأحكام التي أتت بها.

وينازع بعض المحدثين - على ما سبقت الإشارة إليه - في الأهمية التشريعية للسُّنة بالنظر إلى نهي الرسول عن كتابتها فترة حياته، وروايتها بالمعنى، وانتشار الوضع فيها منذ الفترة الأولى، وعدم كفاءة نظام الإسناد في تمييز الصحيح من الضعيف. ويضيف أحد أصحاب هذا الاتجاه أن الأحاديث مبناها على اجتهاد النبي ﷺ مما يتعلَّق بأمور الدنيا. وقد صرح هو بأن المسلمين أعلم بشؤون دنياهم على ما جاء في حديث تأبير النخل.

ويجب وضع هذا كله في إطار مختلف؛ ذلك أنه لا شكَّ في توجُّه القرآن إلى إقامة نظام تشريعيٍّ يتناقض في كثيرٍ من جوانبه مع الموروث الجاهلي، ويتفق مع ما جاء به من أخلاقٍ ومعتقداتٍ. غير أن التشريعات التي أتى بها مجملة تحتاج إلى تفسير، ومطلقة أحيانًا تحتاج إلى تقييد، وعامَّة يلزمها التخصيص، وهذا ما تكفَّلت به السُّنة. مثال ذلك أن القرآن فرض نظامًا للميراث يقوم على تحديد أصحاب الفروض الممنوعين من الاستحقاق في الجاهلية، لعدم مشاركتهم في القتال دفاعًا عن أموال القبيلة. وقد أشار القرآن كذلك لبعض الوارثين بالتعصيب حقًّا، لكن السُّنة هي التي حدَّدت الأوَّلية بين الوارثين بالفرض والتعصيب، بإيجاب إعطاء أصحاب الفروض حقوقهم أولًا ليذهب ما يبقى منهم إلى الوارثين بالتعصيب. وقد تضمَّن القرآن كذلك نظامَيْن لتوزيع ما يخلفه المتوفَّى، وهما: الميراث والوصية، مما احتاج إلى ضوابط لتحديد العلاقة بينهما، وهو ما تكفَّلت به السُّنة حين أوجبت ألَّا تزيد الوصية عن الثلث. لقد فشا الوضع في الحديث حقيقةً، وهذا أمر محل اتفاق، غير أنه لا ينبغي اتخاذه ذريعةً لنفي دور السُّنة كلها في نشأة النظام التشريعي الإسلامي وتطوُّره.

---

(٦٦) حجة الله البالغة، ص١٨٩.

ولا ينفي هذا أن بعض أفعال الرسول ﷺ وبعض أقواله الصادرة عنه ليسا من قبيل التشريع الذي يلزم آحاد الأمَّة العمل به، وإنما ذلك في المجالات التالية:

(١) ما صدر من قولٍ في الأمور التي لا يتعلَّق بها تشريع كأمره ﷺ أهل المدينة أن يتركوا تأبير نخلهم وتلقيحه، فتركوا ذلك، فتلفت الثمار، فقال لهم: «أنتم أعلم بأمور دنياكم». ولا يفيد هذا الحديث نفي الحجيَّة عن السُّنة المتعلِّقة بأمور الدنيا كلها، وتنظيم شؤون المجتمع وحياة الناس فيه، فهذا الفهم معارَض بالنصوص والأصول الداعية إلى وجوب طاعة الله ورسوله والرجوع إلى حكمه فيما ينشأ من خلاف. وتنحصر أمور الدنيا التي لا تجب فيها الطاعة في هذه الممارسات التي لا تتعلَّق بتنظيم أحوال المجتمع ولا بشؤون التشريع.

(٢) الأفعال الطبيعية الجبليَّة التي يقوم بها الرسول بصفته البشرية مما لا يتعلَّق بتبليغٍ أو رسالة؛ كالقيام والقعود، والحب لبعض الأشياء، أو عدم التعوُّد على بعض المطعومات، كامتناعه عن أكلِ الضبِّ، مبينًا أنه مما لم يتعوَّد على أكله.

(٣) الأمور التي ثبت اختصاصها بها؛ كزواجه أكثر من أربع نسوة في وقتٍ واحد، وكوصالِهِ في الصوم، وعدم أخذه من الصدقات.

وبهذا فإن السُّنة التشريعية هي التي تتعلَّق بأمور الدين وتنظيم الحياة الاجتماعية، أما السُّنن التي تتعلَّق بما اختصَّ به النبي ﷺ أو بالخبرات العملية كتأبير النخل أو بأمور الغريزة والطبيعة البشرية، فليس هذا كلُّه من السُّنن التشريعية التي يلزم العمل بها. وفي هذا يؤكِّد السبكي أن ما كان من أفعاله ﷺ جبليًّا أو مختصًّا به، فلسنا متعبَّدين بوجوب العمل به وطاعته فيه.

السُّنة التشريعية والتصرفات بالإمامة والقضاء:

الرسول مبلِّغ عن ربِّه ما أمر بتبليغه بمقتضى الرسالة، كأحكام الصلاة والزكاة والحج، وبيان ما أجمله القرآن من مبادئ، وهذه هي السُّنن المتعلِّقة بأمور التشريع، والتي يلزم اتباعها والعمل بها؛ لعموم طبيعتها وتوجهها إلى المسلمين جميعهم في أجيالهم المختلفة.

أما ما يقوم به الرسول ﷺ بمقتضى إمامته ورئاسته للدولة الإسلامية بعد تكوُّن المجتمع الإسلامي في المدينة، فلا يدخل في السُّنة التشريعية، وإنما هو من قبيل السياسات المختصَّة بوقتٍ معيَّن، من ذلك: إعلان الحرب، وإبرام المعاهدات، وعقد الألوية للقتال، وإرسال الرسل، وتنفيذ الحدود، وتوزيع العطايا.

ونظرًا لارتباط هذه السياسات بظروفٍ خاصَّة، فقد جاز تغييرها بتغيُّر الظروف، يوضِّح ذلك أن الرسول ﷺ عقد معاهدةً مع يهود خيبر بعد انتصاره عليهم، على أن يبقوا في أرضهم، يزرعونها ويؤدون بعض ما يخرج منها إلى الدولة الإسلامية. وقد استمرَّ تنفيذ هذه المعاهدة والالتزام بها مدَّة أبي بكر، ثم لمَّا تولَّى عمر رأى إلغاء هذه المعاهدة وإخراج اليهود من خيبر بناءً على ما رآه من الملاءمات السياسية واختلاف ظروف الدولة في أيامه عن ظروفها قبله.

وليس من السُّنة التشريعية كذلك تصرفه ﷺ بالقضاء والحكم بين المسلمين؛ ذلك أنه كان يقضي بين المتنازعين بمقتضى وسائل الإثبات وظروف المتقاضين في وقائع خاصَّة ليس لها طابعُ العموم. ويوضِّحه اختلاف الفقهاء في موضوع «الظفر بالحق» وحق الدائن في اقتضاء دينه بالاستيلاء على أموال المدين دون إذنه، من ذلك أن يكون لك مائة على أحدٍ ووجدت له مالًا يساوي مائة، فهل يجوز لك أخذُ هذا المال دون إذن صاحبه وفاءً بالدَّين الذي لك؟ ذهب الإمام مالك إلى القول بجواز ذلك استدلالًا بما وقع من قضائه ﷺ لهند زوجة أبي سفيان بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وما يكفي ولدها بالمعروف من دون علمِ زوجها الذي امتنع عن الإنفاق عليها.

أما الشافعي وبعض الفقهاء الآخرين فقد ذهبوا إلى أنه لا حقَّ للدائن في الاستيلاء على قيمة دينه من مال المدين دون إذنه إلا بقضاء القاضي، بناءً على أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى التشاحن وتيسير الاستيلاء على أموال الناس دون إذنهم، وردوا الاستدلال بحديث هند في ذلك بأن الرسول ﷺ تصرَّف بكونه قاضيًا يقضي في نزاعٍ خاصٍّ لا ينتقل حكمه فيه إلى غيره.

وهكذا فإن للرسول وظائفَ متعدِّدة، فهو يقوم بوظيفة التبليغ عن ربِّه، وتجب طاعته في هذا الذي يصدر منه من سُنَنٍ بمقتضى رسالته، أما ما يصدر

منه بكون إمامًا ورئيسًا للدولة الإسلامية أو قاضيًا يحكم بين الناس فيما يعرض بينهم من نزاعٍ، فلا يُعَدُّ من السُّنن التشريعية، ولا يلزم اتباع أحكامه في هذين الحالين؛ باعتبار أن حكمه فيهما مرتبطٌ بظروفٍ أو أحوالٍ خاصَّة لا تتعدَّاها إلى غيرها مما قد يشبهها في بعض الأمور ويخالفها في بعضها الآخر.

وهذا هو الفرق بين السُّنة الصادرة عن الرسول ﷺ بحكم الإمامة أو القضاء، وبين ما صدر من السُّنة بحكم الرسالة والتشريع.

وخلاصة هذا التفريق أن السُّنة التشريعية الصادرة بحكم الرسالة والتبليغ هي التي يجب العمل بها واتباعها، أما السُّنن الصادرة بحكم الإمامة أو القضاء فلا يلزم اتباعها والعمل بها.

المصدر الثالث: الإجماع

(١) أصل الإجماع وتطوُّره:

يستند الإجماع كمدركٍ من مدارك الحقيقة إلى شعور فطريٍّ؛ إذ يجد الإنسان من نفسه دافعًا إلى التسليم والقبول لما يشترك معه الآخرون في تصديقه والاتفاق عليه. ويستعين الإنسان ببعض صور الإجماع في صوغ آرائه وأفكاره ومواقفه العملية في كثيرٍ من المواقف وفي تشكيل فروضه الأساسية. وتبدو أهمية هذا الأسلوب المنهجي في أن لكلِّ مجتمعٍ من المجتمعات مسلماته الخاصَّة وفروضه الأساسية التي استقرَّت في وجدان أفراده ويتوارثها الخلف عن السلف. وفي هذا دلالةٌ على رجوع أسلوب الإجماع إلى الفطرة الإنسانية، وعلى استناده إليها، شأنه في هذا شأن الوسائل المنهجية الأخرى التي يعتمد عليها الإنسان في الوصول إلى المعرفة، وهو لا يختلف في هذا عن مناهج التجربة والملاحظة والاستقراء.

وهذا الأصل الفطري للإجماع هو الذي أدَّى إلى سرعة ظهوره في وعي الصحابة والتعبير عنه في أقوالهم، والاعتماد عليه في عددٍ من الوقائع العملية، من بينها اختيار أهل الحل والعقد أبا بكر خليفةً المسلمين، واتفاقهم على بدء حروب الردَّة، وعلى بدء حركة الفتوحات الإسلامية، وعلى جمع القرآن الكريم وتطبيق أحكامه في حياتهم وغير ذلك من المسائل الرئيسة التي واجهت المسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ، وكان إجماعهم على أساليب التصدِّي لها هو الذي مكَّنهم من مواجهتها، ولم يقف اعتماد الصحابة على الإجماع عند حدود هذه المسائل الرئيسة بل ظهر على نحو متكرِّر في مسائل الفقه وفروعه، وخاصةً في عهد عمر بن الخطاب الذي قاد المسلمين إلى الاتفاق على رأي واحدٍ كما

هو الحال في تأسيس النظام المالي للدولة الإسلامية، وإقرار أهل البلاد المفتوحة على أراضيهم يزرعونها ويؤدون خراجها للدولة الإسلامية، ومن ذلك رأيه في عددٍ من مسائل الميراث والطلاق، كتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأُمٍّ، وإيقاعه الطلقات الثلاث بلفظٍ واحدٍ ثلاث تطليقاتٍ مع أنها كانت تقع واحدةً على عهد النبي ﷺ وأبي بكر، ومن ذلك أيضًا اتفاقهم على تنصيب خليفة للمسلمين، ومشروعية الاجتهاد في التعرف إلى الأحكام الشرعية وجواز التقليد للعاميّ.

وعندما تكوَّنت المدارس الفقهية في القرن الأول الهجري وحدث التقابل بين أشهرها، وهي مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة، ظهر الاتفاق داخل كل مدرسة على عددٍ من المبادئ والأحكام الفرعية على نحوٍ تميَّزت به كلُّ مدرسة عن غيرها، وتظهر هذه الاتفاقات التي تمسَّكت بها كلُّ مدرسة في مقابل غيرها في عددٍ من المؤلَّفات التي ترجع إلى القرن الثاني الهجري، من مثل كتاب «**الحجج المبينة في الردِّ على أهل المدينة**» للإمام محمد بن الحسن الشيباني، ويدلُّ هذا الكتاب وردُّ الإمام الشافعي عليه في الجزء السابع من «**الأُم**» على وجود اتفاق داخليٍّ بين أعضاء المدرسة الواحدة، وقد توارثت هذه المدارس هذه الاتفاقات، واستمرت عليها في العصور التالية، وانبرى المخلصون من أبنائها إلى الدفاع عن تقاليدها وإجماعاتها على نحوٍ كان له أثره في تميُّز كل مدرسة عن غيرها واستقلالها وإقدارها على البقاء.

وتكاد تكون هذه الصورة الأولى من حيث التطوُّر التاريخي للإجماع، وتتسم هذه الصورة بالواقعية والتعلُّق بالمسائل الفقهية الفرعية وبعض الجزئيات الأخرى، غير أن هذه المرحلة من الإجماع لم تشهد تحقيق أي مفهوم للإجماع أو تقنين شروطه أو كيفيات الإفادة منه أو الأُسس التي يستند إليها أو الأدلَّة التي تقوم عليها حجيته.

غير أن هذه الجوانب النظرية لهذا الإجماع الإقليمي أو المدرسي ما لبثت أن طُرحت على مائدة البحث والنقاش. ويتجلَّى ذلك في رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد فقيه مصر في القرن الثاني الهجري، وينقم مالك على الليث في هذه الرسالة مخالفته لإجماع أهل المدينة ومذهبهم، ويشير إلى أهمية هذا

الإجماع في تحديد معاني النصوص وتفسيرها، وفي تحديد الحكم الشرعي عند عدم وجود النص، كما يوضّح في هذه الرسالة الأُسس المنطقية والأدلَّة الشرعية التي يقوم عليها هذا النوع من الإجماع.

وقد رفض الليث هذه الأُسس والأدلَّة التي تحصر الحجيَّة في إجماع أهل المدينة، وذلك في ردِّه على رسالة الإمام مالك، وأوضح أن هذه الأدلَّة تقدِّم أُسس الاعتراف بحجيَّة هذا الإجماع المحلي أو المدرسي في البيئات الأخرى، بحكم أن صحابة الرسول ﷺ قد تفرقوا في الأمصار المختلفة، ونقلوا إليها السُّنن، فحق لفقهاء هذه البلاد أن يجتهدوا لأنفسهم وأن يعملوا بما أداهم إليه اجتهادهم.

غير أن الشافعي قد هاله اختلاف الناس في الأمصار المختلفة، وتمسُّك كل مدرسة بما اتفق عليه زعماؤها، وقد أراد التقريب بينهم لإضفاء الوحدة والتناسق على الاجتهاد الفقهي، فعمد إلى استبعاد هذا الإجماع المحلي الضيق والمحدود بحدود المدرسة الواحدة، فاتجه إلى استحداث مفهوم جديدٍ للإجماع، يقوم على العموم وشمول علماء المسلمين جميعهم في الأمصار المختلفة. وهذا هو الذي يعرف به الإجماع؛ إذ يقول: « لستُ أقولُ ولا أحدٌ من أهل العلم: هذا مجتمعٌ عليه، إلا لِما لا تَلْقَى عالمًا أبدًا إلَّا قالَه لك، وحكاهُ عمَّن قبله؛ كالظهر أربع، وكتحريم الخمر وما أشبه هذا».

ويبدو أن هذا الرأي قد صيغ قبل الشافعي في بيئات الاعتزال والمذهب الحنفي؛ إذ إنه يعبِّر عن اشتراكه في هذا التحديد للإجماع مع أهل العلم، غير أنه هو الذي أبرز هذا المفهوم وألحَّ عليه في إطار نظريته الأصولية. وينحصر ما أجدَّه الشافعي في تحديده مفهوم الإجماع في الأمور التالية:

(١) استبعاد الإجماع المحلي الإقليمي.

(٢) إحلال مفهوم الإجماع العام الواسع الذي يشمل علماء المسلمين جميعهم في الأمصار الإسلامية المختلفة.

(٣) تحديد وظيفة الإجماع في تأكيد المفاهيم الأساسية الواضحة التي لا يجوز الخلاف فيها، وبهذا وجد الفقه الإسلامي الوسيلة المنهجية التي تضمن

الاتفاق على الفروض الأساسية فيه أو المبادئ العامَّة التي تشكِّل قوامه وروحه وتضمن له وحدته.

(٤) تضاؤل دور الإجماع في استنباط أحكام فقهية وتضييق احتمالات تحقُّقه؛ إذ لا يتحقَّق الإجماع بهذا إلَّا في الأمور الأساسية التي لا يسع أحدًا الخلاف فيها، ولا تلقى عالمًا أبدًا إلا قاله لك بتعبير الشافعي.

(٥) استناد الإجماع إلى النصوص القطعية الدلالة والثبوت؛ لأن النصوص المحتملة في الثبوت أو الدلالة لا يتحقَّق الإجماع حولها، وبهذا فإن الدور الذي كان يحقِّقه الإجماع الإقليمي في تفسير النصوص أو في الحكم على ثبوتها قد تضاءل للغاية بعد انتقال الإجماع إلى هذا المفهوم العامِّ الشامل للفروض الأساسية وحدها التي لا تلقى عالمًا أبدًا إلا قالها لك وحكاها عمَّن قبله.

لقد أصبح الإجماع بفضل تحديد الشافعي له على هذا النحو درعًا يحمي الفقه الإسلامي من تسلُّل أي عنصر أو حكم أو مبدأ لا يتفق مع روحه العامَّة ويناقض مبادئه التي يقوم عليها.

غير أن النظرية الأصولية لم تقف بالإجماع عند هذا الحدِّ، فقد بذِلت جهود أخرى لإضفاء نوع من الحيويَّة على الدور الذي يمكن للإجماع القيام به. ولعلَّ للمعتزلة فضلًا كبيرًا في تطوير مفهوم الإجماع وتجاوز الحدود التي قيَّده بها الشافعي. وهذا هو ما تدلُّ عليه هذه الصور التي قدَّمها أبو الحسين البصري في «**المعتمد**» للاحتجاج بالإجماع وإمكان الإفادة منه. ويدلُّ على فضل المعتزلة في دفع مفهوم الإجماع إلى التحديد النهائي وجودُ هذا الفرق الواضح بين تناول مباحثه في «**الرسالة**» للشافعي وبين تناول هذه المباحث نفسها في كتب «**المعتمد**» لأبي الحسين البصري و«**البرهان**» للجويني و«**المستصفى**» للغزالي.

ومن هذا **يمكن التمييز بين المراحل التي مَرَّ بها الإجماع**، وهذه المراحل هي:

(١) الإجماع في عصر الصحابة، وهو نوعٌ من الإجماع العملي الذي تحقَّق في عددٍ كبير من الأحكام والتشريعات.

(٢) الإجماع المحلي الإقليمي الذي ظهر في المدارس الفقهية الباكرة. وقد بدأ هذا الإجماع عمليًا، غير أنه تمَّ اكتشاف أُسسه النظرية فيما بعد، فيما تكشف عنه رسالة مالك إلى الليث والرد على هذه الرسالة.

(٣) الإجماع بمفهومه العام المجمل الذي عبَّر عنه الشافعي، والذي ينحصر في المبادئ الأساسية للدين.

(٤) الإجماع بمفهومه العام مع تنشيط الدور الذي يقوم به فيما حدَّده الأصوليون بعد الشافعي.

ويرى محمد إقبال أن الإجماع قد يكون أهمَّ فكرة تشريعية في الإسلام، لكن الجدل النظري والأصولي الذي أثارته هذه الفكرة لم يسفر عن إقامة مؤسساتٍ عملية تنهض بتحقيق الاجتهاد الجماعي للأمَّة؛ وذلك لأن النُّظُم السياسية بعد الراشدين وجدت أن تفويض الاجتهاد لآحاد العلماء أَيْسَرُ لبسطِ سيطرتها على الأمَّة من إقامة مجالس تشريعية ذات سلطة موازية لسلطة هذه النُّظم. وفي تقديره أن الانتقال من الاجتهاد الفردي المذهبي إلى اجتهاد المجالس التشريعية الإسلامية هو الكفيلُ ببعث النشاط في نظمنا التشريعية الراكدة. ويلزم أن تضمَّ هذه المجالس أعضاء لديهم خبرة بدقائق التشريع الإسلامي لمنع التعارض مع مقرراته(٦٧). ويعيب على المجلس التشريعي الإيراني الذي أتى به دستور (١٩٠٦م) تأليفه من مرجعياتٍ دينية تعتبر نفسها ممثِّلةً للإمام الغائب، لانقطاع تسلسل الأئمَّة أنفسهم، مما يضعف عقيدة النيابة عنهم(٦٨).

وقد شهد العصر الحديث إقامة المجالس النيابية التشريعية التي يلزم أن يضمَّ تشكيلها عددًا من الخبراء المدققين في النظر الفقهي الإسلامي لإثراء مناقشات هذه المجالس، ووصل التشريعات المقترحة بالذاكرة القانونية التليدة لهذه الأمَّة، مما عساه أن يعبِّر عن المصلحة ويكبح الشطط والتجاوز. وقد تيسِّر المجامع الفقهية الإسلامية التي نشأت في العقود الأخيرة عملَ هذه المجالس النيابية، إذا تحقَّق الوصل بينهما.

---

(٦٧) محمد إقبال، تجديد الفكر الديني في الإسلام، ص٢٩٢ وما بعدها.

(٦٨) نفسه، ص٢٩٢.

(٢) التناول الأصولي لموضوع الإجماع:

على الرغم من هذه الطاقة والحيوية التي أمدَّ بها الإجماع النظر الفقهي والسياسي في النظام التشريعي الإسلامي، فإننا لا نستطيع القول - ولو بقدر من المبالغة - بأن النظر الأصولي قد ارتقى إلى المستوى المناسب للوظائف العملية التي قدَّمها هذا الأصل. ويكفي للدلالة على ذلك استعراض المسائل الرئيسة التي تناولها الأصوليون في هذا الباب، ومناهج تناولهم لهذه المسائل، بما لا يختلف فيه أصوليٌّ عن غيره في القديم أو الحديث. وتشمل هذه المسائل فيما عدا التعريف كلًّا من:

(أ) **حجيَّته**، وأدلَّة هذه الحجيَّة من الكتاب والسُّنة الموجبة عصمة الأمَّة الإسلامية، مع تطويل في الردِّ على النظَّام الذي كان أشهر من نازع هذه الحجيَّة.

(ب) **أهل الإجماع الذين ينعقد بهم**، وهم الصحابة الذين لا يُعتَدُّ بإجماع غيرهم، أو الأمَّة جميعها، بعوامها ومجتهديها، أو المجتهدون وحدهم، أو أهل الحل والعقد من بينهم، مع استبعاد المبتدعة المكفَّرين ببدعهم، أو المبتدعة كلهم، مع الاستطراد بعد ذلك إلى عدد المجمعين، والاعتداد بإجماعهم كلهم، أو انعقاد الإجماع برأي أغلبيتهم، أو تفضيل رأي الأغلبية من دون اعتباره إجماعًا[٦٩].

(ج) **أنواع الإجماع المختلفة**، بما يشمل إجماع الصحابة الذي منع الظاهرية غيره، وإجماع التابعين، وإجماع أهل المدينة والكوفة، والإجماع القولي والسكوتي.

(د) **مستند الإجماع**، بما يشمل النص أو القياس والمصلحة، مع الخلاف في جواز الاستناد إلى الأخيرين.

(هـ) **أحكام الإجماع**، مما يتعلَّق بإحداث رأي ثالث بعد الاتفاق على رأيين، أو استبعاد أحد الرأيين المتفق عليهما، واستعادة الرأي المهجور، وما يثبت به الإجماع.

---

(٦٩) المستصفى للغزالي (١/ ١٩٥).

ولا يختلف المنهج المعتمد في تناول هذه الفروع عن سَرْدِ الآراء المختلفة إلى حدِّ التناقض، مع أدلتها، وردِّ شبه الخصوم، وما إلى ذلك مما تقتضيه صنعة الجدل.

ويلزم لتقدير التناول الأصولي للإجماع، والبحث عن بديلٍ له، أن نسأل أولًا عن فائدة هذا التناول في بيان الوظائف الحقوقية لهذا الأصل. والحقُّ أنه لا يمكن إقامة صورة عملية للإجماع من مجموع هذه الآراء المتناقضة؛ إذ لا يمكن إقامة شكلٍ للإجماع ينعقد برأي العوام أو أهل الحل والعقد، أو المجتهدين، فكلُّ هذه أطروحات مختلفة.

وسيختلف شكل الإجماع وأحكامه إذا كانت حجَّته قطعيَّة أو ظنيَّة، كما سيختلف كذلك إذا اقتصرت هذه الحجيَّة على الصحابة، أو مجتهدي عصر من العصور بشرط انقراضهم. وسيختلف شكل الإجماع الذي نفكِّر في اعتماده إذا وجب استناده إلى النصِّ وحده أو جاز استناده إلى القياس أو المصلحة:

والبديل لهذا التشتُّت النظري، والاضطراب الفكري، أن نبحث بدل هذه الاختلافات والجدالات عن صورةٍ للإجماع ذات فائدةٍ في الدرس التشريعي والحقوقي بتوظيف هذه الآراء المتداولة التي أخفت حقيقة هذا الأصل والحيويَّة التي قدَّمها في تطوير هذا الدرس.

وتتألَّف الصورة التي أقدِّمها للإجماع بطاقاته التشريعية الضخمة مما يلي:

- انعقاده من المجتهدين الذين شهدت لهم العامَّة بالعدالة والإخلاص، والنزاهة في القول والعمل، والكفاءة عن مصالح الأمَّة. ولا يلزم كونهم من المجتهدين اجتهادًا مطلقًا، بل يكفي أن يكون لهم نوعٌ من الاجتهاد الجزئي في النوازل التي تلمُّ بالمجتمع، ويلزم تحديد أحكامها الشرعية. وهم بشهادة العوام لهم على هذا النحو نوَّاب عنهم وممثِّلون لهم، مثلما رأيناه في قيادة الشيخ عبد الله الشرقاوي الشعب المصري ضد الضرائب التي فرضها والي مصر خورشيد باشا، مما أدى إلى إقرار وثيقة في عام (١٧٩٥م) تمنع فرض الضرائب دون موافقة علماء الشعب الممثِّلين له. ويشبِّه البعض هذه الوثيقة بالماجناكارتا في إنجلترا.

- يلزم القول بانعقاد الاتفاق أو الإجماع بناءً على رأي الأكثرية، ولا يُشترط اتفاق أهل العصر جميعهم، ولا انقراض العصر؛ إذ يكفي هذا وحده لتعطيل الإجماع واستبعاده من الواقع مهما أطلنا الحديث عنه. وقد نبت هذا الرأي لدى الفقهاء منذ الفترة الأولى فيما يعبِّر عنه أبو عبيدة السلماني[٧٠].

- حجيَّة الإجماع ظنيَّة لا قطعيَّة، حتى يجوز تبديله إذا تغيَّرت ظروف انعقاده، ولا دليل على عصمة الأمَّة من الخطأ، سواء في عصر الصحابة أو فيما تلاه، طبقًا لما يشهد به الواقع.

- ينبني الإجماع على النصِّ أو القياس أو المصلحة أو العرف، وهو بهذا نوعٌ من الاجتهاد الجماعي فيما لا يخفى.

- لا حقَّ في إطلاق مجازاة مُنكِرِ أمر مما أُجمع عليه بالكفر، وترتيب استحلال دمه وماله دون قضاء؛ بحكم أن الإجماع اجتهاد، والمخطئ في اجتهاده مأجور. ولا أدري لماذا لم يستبدل الفقهاء التقديمَ للمحاكمة بهذا الاتهام. ويكفي ما حاق بالأمَّة من خسران جراء إنابة الفقهاء وأشباههم في الحكم الذي لا يقبل نقضًا ولا إبرامًا بالكفر.

ويمكن تركيب صور أخرى للإجماع باختياراتٍ أخرى من بين الآراء التي لا يؤدي الجمع بينها إلا إلى نوعٍ من الإجماع المستحيل إعماله. وهو ما أدى بالبعض إلى النزاع في إمكان وقوعه، أو اعتباره أداةً تشريعية تاريخية عملت في فترة الصحابة ثم توقفت، أو في المدارس الفقهية الباكرة، مثل المدينة أو الكوفة، أو لدى مذهبٍ دون غيره، كما هو الحال في إجماع أهل البيت.

وتشرح الصورة التي قدَّمْتُها للإجماع مرادَ محمَّد إقبال منه، كما تتفق مع ما قدَّمه أستاذنا علي حسب الله في لمحة خاطفة حين بحث الإجماع تحت عنوان الاجتهاد[٧١]، وهو أيضًا ما حاوله تلميذنا عمران أحسن نيازي عندما أوجب إعادة النظر من منظور التفكير القانوني الحديث في هذه الشروط التي

---

(٧٠) المستصفى للغزالي (١/ ١٩٥).

(٧١) الشيخ علي حسب الله، أصول التشريع، دار المعارف، القاهرة، (بدون تاريخ)، ص٧٩ وما بعدها.

تمنع انعقاد الإجماع، رغم اعتباره أحد المصادر الأساسية لدي المذاهب السُّنية جميعها. ويرى لتفعيل الدور العملي للإجماع إمكان الإفادة من المبدأ القانوني الإنجليزي (stare decisis) القاضي بمراعاة السوابق القضائية إذا ما تقررت بالإجماع[٧٢]. ورغم التباعد بين الإجماع وهذا المبدأ، فإن المحاولة تعكس أهمية إعادة النظر في التناول الأصولي للإجماع بالإفادة من تطوُّر التفكير القانوني، وفيما يلي تفصيل المباحث المألوفة للإجماع.

(٣) تعريف الإجماع:

يفيد الإجماع في اللغة العزم والاتفاق[٧٣]. وفي الاصطلاح اتفاق المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعيٍّ. وقد استقرَّ الأمر لدى الأصوليين على استبعاد مفهوم الإجماع المحلي الذي يحصره في اتفاق مجتهدي مدرسة بعينها، وعلى تبنِّي مفهوم أوسع للإجماع يشمل اتفاق فقهاء العصر جميعهم على أمر من الأمور. وبهذا فإن الإجماع يحقِّق دورًا ذا أهمية خاصَّة في إنشاء الأساس النظري الذي تقوم عليه الثقة في المبادئ الفقهية الأساسية، حيث اعتبر الإجماع مفيدًا للعلم اليقيني.

ويتبادل الإجماع مع التواتر العمل على إضفاء الثقة بجملة المبادئ الأساسية فيما ينقل من نصوصٍ وفي تفسيرها وفهمها والاجتهادات الأساسية المبنيَّة عليها، وسأعود إلى هذا لتوضيحه فيما بعد. وإنما يتألَّف تعريف الإجماع بمعناه العام الواسع من المعاني التالية:

(١) كون الاتفاق من المجتهدين، أما العوامُّ ومَنْ في حكمهم من غير بلوغ رتبة الاجتهاد فليسوا من أهل الإجماع، ولا يتوقَّف انعقاده على اتفاقهم.

---

(٧٢) Imran Ahsan Niyazee, Islamic Jurisprudence, p.194, (2000)

(٧٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، (بدون تاريخ نشر)، (١/ ١٧١)؛ والقاموس المحيط للفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، (١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م)، (٣/ ٣١٥).

وإذ تلتزم الأمَّة بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما أثبته القرآن، فيستتبع ذلك قيام حقِّ أعضائها جميعهم - مجتهدين وعوامَّ - في تكوين الإجماع.

(٢) تعدُّد المجتهدين حتى يجري الاتفاق بينهم، أما إذا لم يتعدَّدوا فلا يتحقَّق إجماعٌ. وقد اشترط بعض الأصوليين من المعتزلة بلوغ المجتهدين في العدد حدَّ التواتر حتى يؤمن الوقوع في الخطأ، مما يدلُّ على قيام هذه الصلة المنطقية بين الإجماع والتواتر. واشترط البعض بلوغ عدد المجتهدين الذين يتحقَّق الإجماع باتفاقهم ثلاثة؛ لأنه أدنى عدد للجماعة، وطبقًا لهذا الرأي لا يتحقَّق الإجماع إذا لم يوجد في عصر من العصور سوى ثلاثة من المجتهدين واتفقوا جميعًا على رأي واحدٍ في حكم شرعيٍّ.

(٣) الاتفاق الإجماعي طبقًا لهذا الاتفاق غير الاتفاق بالأغلبية؛ ولهذا لو خالفت الأقلية ما اتفقت عليه الأغلبية في عصر من العصور لم ينعقد الإجماع. وهذا هو مذهب أكثر الناس. لكن ذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، وأبو بكر الرازي، ومحمد بن جرير الطبري، وأبو الحسن الخياط إلى انعقاده. غير أنه يجب التفريق بين ما أجمع عليه المجتهدون كلُّهم، وبين ما اتجهت إليه الأغلبية في المسائل الاجتهادية، حيث يفيد الاتفاق الإجماعي العلمَ اليقيني، وهو دور الإجماع ووظيفته. أما الاتفاق الأغلبي فلن يفيد هذا العلم اليقيني، وسينحصر دوره في إفادة ظنٍّ راجحٍ بصواب ما اتجهت إليه الأغلبية وخاصةً إذا كان لرأي الأقلية وَجْهٌ معتبر.

(٤) لا يختصُّ الإجماع بعصر من العصور كعصر الصحابة، وإنما يمكن تحقيقه في أيِّ عصر، وقد خالف في ذلك أهل الظاهر وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، ورأوا أن الإجماع خاصٌّ بعصر الصحابة وحدهم؛ لأنهم هم الذين ثبتت عصمتهم. ولا ينهض هذا الرأي على أساس؛ لأن العبرة في الإجماع هو اتفاق المجتهدين المستند إلى دليل شرعيٍّ، وهو لا يختصُّ بعلماء عصر دون سواهم.

(٥)كون المجتهدين من أمَّة محمَّد ﷺ، أما المجتهدون من الأُمم الأخرى فلا ينعقد الإجماع بهم، ولا يخرق من دونهم. وقد لا يكون لهذا الشرط أهمية

عملية سوى الحفاظ على استقلال النظام التشريعي الإسلامي عن غيره من شرائع الأُمم الأخرى.

(٦) **يتحقَّق الإجماع في الأحكام الشرعية** كالوجوب والحرمة والندب وغيرها، ولا يتحقَّق في الأحكام اللغوية أو العقلية.

(٧) **يستند الإجماع فيما قرَّره الغزالي إلى النصِّ أو العقل.** وقوله في هذا: «مستند الإجماع في الأكثر نصوصٌ متواترة وأمور معلومة ضرورةً بقرائن الأحوال، والعقلاء كلهم فيه على منهجٍ واحد»[٧٤]. وينبني على هذا ما ذهب إليه من جواز «انعقاد الإجماع عن اجتهادٍ وقياس، ويكون حجَّة» خلافًا للطبري. ويردُّ رأيه بأن «أكثر الإجماعات مستندة إلى عمومات وظواهر وأخبار آحاد صحَّت عند المحدثين، والاحتمال يتطرق إليها»[٧٥]. وينسب الإسنوي القولَ باستناد الإجماع إلى نصٍّ أو قياسٍ إلى الجمهور[٧٦].

(٤) الأدلَّة على حجيَّة الإجماع:

لعلَّ الاستدلال على السلطة التي منحها الأصوليون للإجماع من أكثر المسائل التي شُغلوا بها في تأسيسهم لحجيته، وردِّهم لمعارضيها من المعتزلة. وانبرى كلٌّ من الطرفين في اللجوء إلى أسلحته المعهودة لإقناع جمهوره بقدراته في استخدام هذه الأسلحة. وقد بدأ الشافعي رحلة الجدال الشاقَّة، دون تسمية مخالفه، باستدعاء السُّنة المتعلِّقة بوجوب لزوم الجماعة[٧٧]. ولم يفصل البزدوي في تناوله الإجماع[٧٨]. وأضاف الجصاص الاستدلالَ بآيات البقرة: (١٤٣)، وآل عمران: (١١٠)، والنساء: (١١٥)[٧٩]. وقد كانت آية النساء هـذه: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ

---

(٧٤) المستصفى للغزالي (١/ ١٧٤).

(٧٥) نفسه (١/ ١٩٦).

(٧٦) نهاية السول شرح منهاج الأصول للإسنوي (١/ ٢٩٩).

(٧٧) الرسالة للشافعي، ص٤٧٤.

(٧٨) أصول البزدوي، ص٢٣٩.

(٧٩) الفصول في الأصول للجصاص (٣/ ٢٥٨).

مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ وَسَآءَتْ مَصِيرًا ﴿١١٥﴾﴾، أقوى ما استدلّ به الأصوليون على حجيّة الإجماع من القرآن[٨٠]. ووجه الاستدلال بالآية أنها تتوعَّد على متابعة غير سبيل المؤمنين بهذه العقوبة الجسيمة، «ولو لم يكن ذلك محرمًا لَما توعد عليه، ولما حسن الجمع بينه وبين المحرَّم من مشاقة الرسول»[٨١].

وانتهى كثيرٌ من الأصوليين مع هذا إلى أن هذه الآيات ليست نصًّا في الدلالة على حجيَّة الإجماع، وهذا ما أخذ به الغزالي؛ إذ يقول: «والذي نراه أن الآية (النساء: ١١٥) ليست نصًّا في الغرض»[٨٢]. ولذا انتقل محور الاستدلال إلى عدَّة أحاديث، منها: «ما رآه المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن»، وأقواها: «لا تجتمع أمتي على الخطأ، أو لا تجتمع على الضلالة، ولم يكن الله بالذي يجمع أمتي على الضلالة». غير أن مشكلة الاستدلال بهذا الحديث هي الأخرى أنه حديث آحاد يفيد الظنَّ، ولا يصلح لأن تُبنى عليه حجيَّة أصل قطعيٍّ، فيما نبَّه إليه الجويني، وقوله في ذلك: «لست أرى للتمسُّك بذلك وجهًا؛ لأنها من أخبار الآحاد، فلا يجوز التعلُّق بها في القطعيات»[٨٣]. والمشكلة التي يلخِّصها الجويني أنه: «قد تحقَّق أن العقول لا تدلُّ على ثبوت الإجماع، واستبان أنه ليس في السمعيات قاطع دالٌّ على أن الإجماع واجبُ الاتباع، فلا معنى لذلك إلا الرد»[٨٤]. غير أن هذه النتيجة مخيفة؛ لأن «الإجماع عصامُ الشريعة وعمادها، وإليه استنادها»[٨٥].

وبهذا فلا يبقى إلَّا البحث عن أساسٍ آخر لإقامة حجيَّته. وقد يتمثَّل هذا

---

(٨٠) أما الآيات الأخرى فمنها قوله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٤٣]، وقوله: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١١٠]، وقوله: ﴿وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا﴾ [آل عمران: ١٠٣]، وقوله: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩]؛ إذ يفيد التعبير بالأمَّة والاعتصام بالجماعة والرد عند التنازع إلى الله والرسول النهيَ عن التنازع والفرقة والتمسُّك بالإجماع.

(٨١) الإحكام للآمدي (١/ ١٨٣).

(٨٢) المستصفى (١/ ١٧٥).

(٨٣) البرهان للجويني (١/ ٤٣٧) وما بعدها.

(٨٤) نفسه (١/ ٤٣٦).

(٨٥) نفسه (١/ ٤٣٦).

الأساس في أن اتفاق العقلاء في الأمور المظنونة يفيد بالتجربة رجحان صحتها، ويتلقاها الناس بالقبول، وينكرون على من يخالفها. وبهذا فإن حجيَّة الإجماع يمكن أن تنهض على الإجماع نفسه، وعلى أن التجربة توجب الوثوق به. وهذا ما قد تحمل عليه عبارة الجويني السابقة. وقد يتصل بهذا أن التجربة - وهي أداة علمية للتوصُّل إلى الحقائق - لا تجد أساسها المنطقي إلا في التجربة نفسها. توضيحه أن الإجماع يفيد بذاته الثقةَ والاطمئنان إلى نتائجه، ولا يجد المرء حاجةً إلى البحث عن أساسٍ منطقيٍّ خارجيٍّ يدعم هذه الثقة؛ لأمرين أساسيين، وهما:

(١) ما هو مركوز في الفطرة الإنسانية من الثقة بما يتفق فيه مع غيره، وخاصةً مع كفاءة هذا الغير وأهليته لبحث ما يقرِّره، وبذله الجهد والوقت اللازمين، مما تفيده الشروط التي أوجبها الأصوليون.

(٢) التجربة الدالَّة على مدى الصواب الذي تحقَّق لهؤلاء المُجمعين، وتضاؤل احتمالات أخطائهم. وهذا ما يعتمد عليه المتلقون للإجماع. إن الجهد الذي يبذله قضاة محكمة النقض في مراجعة الأحكام القضائية، وكفاءة القضاة، وموافقة أحكامهم لما توجبه العدالة، هو ما أوجب الثقة في إجماعاتهم، واقتناع المحاكم الدنيا بمتابعة ما انتهوا إليه. ويشبه الإجماع في هذا أسلوب التواتر الذي تستند الثقة به إلى التجربة أيضًا؛ إذ يندر - أو يتلاشى - تطرُّق احتمالات الخطأ إلى الأخبار التي تُنقل عن طريقه.

ومع هذا، فإنه ينبغي التخلِّي عن طموح إفادة الإجماع القطع؛ إذ إن هذا الطموح هو الذي عقَّد البحث عن أدلَّة حجيَّته.

(٥) ابن حزم والإجماع:

يرى ابن حزم أن الإجماع حجَّة شريطة استناده إلى نصٍّ من قرآنٍ أو سُنَّة؛ إذ: «لا يمكن البتَّة أن يكون إجماع من علماء الأمَّة على غير نصٍّ من قرآنٍ أو سُنَّة عن رسول الله»[٨٦]. ولا حاجة عنده إلى إجماعٍ دون نصٍّ؛ لاتساع

(٨٦) الإحكام لابن حزم، دار الحديث، القاهرة، (١٤٠٤هـ)، (٤/ ٥٢٥).

النصوص لكل ما ينزل بالمسلمين، «فصحَّ أنه لا إجماع إلا على نصٍّ، ولا اختلاف إلا في نصٍّ... فاتباعُ النصِّ فرضٌ، سواء أجمع الناس عليه أو اختلفوا فيه، لا يزيد النصَّ مرتبةً في وجوب الاتباع أن يجمع الناسُ عليه، ولا يوهن وجوبَ اتباعه اختلافُ الناس فيه، بل الحقُّ حقٌّ وإن اختلف فيه، والباطل باطلٌ وإن كثر القائلون به»[87]. ويحصر الإجماع في أمرين:

أحدهما: كل ما لا يشكُّ فيه أحدٌ من أهل الإسلام في أن مَنْ لم يقل به فليس مسلمًا، كشهادة ألَّا إله إلا الله وأن محمَّدًا رسول الله، وكوجوب الصلوات الخمس.

والثاني: شيء شهده جميع الصحابة من فعل الرسول، كفعله في خيبر إذ أعطاها يهود بنصف ما يخرج منها من زرع أو تمر[88]. ويستطرد ابن حزم إلى الإنكار على القائلين بحصر الإجماع في أهل المدينة أو الكوفة أو القائلين بأي نوعٍ آخر من الإجماع سوى إجماع الصحابة. والحقُّ أن تناول ابن حزم للإجماع في الإحكام سجلٌ دقيق لمواقف المالكية والأحناف والشافعية من هذا الأصل.

(٦) شروط الإجماع:

اشترط الأصوليون العديد من الشروط في الإجماع للاحتياط من تطرُّق احتمالات الخطأ إلى الأحكام التي تتحقَّق من طريقه، ولضمان الثقة به كمدركٍ للحقيقة. ويجدر طرح ما لا فائدة له منها في تأكيد احتمالات الصواب وتجنُّب الخطأ، وأهمُّ هذه الشروط فيما يلي:

(أ) اتفاق المجتهدين جميعهم، أو أغلبهم. وتقلُّ الثقة بالمجمَع عليه كلما تناقصت هذه الأغلبية. ولا يمكن الإصرار على اتفاق الجميع والنقل المتواتر لرأي كلٍّ منهم مع حاجة النظام التشريعي إليه، وابتنائه عليه. وقد ناقش الأصوليون دخول المجتهد المبتدع الذي لا يكفر ببدعته في أهل الإجماع. والمختار - فيما يذكر الآمدي - ألَّا ينعقد الإجماع من دونه؛ لكونه من أهل

---

(٨٧) الإحكام لابن حزم، (٤/٥٣٦).

(٨٨) نفسه (٤/٥٤١).

الحل والعقد، ودخوله في لفظ الأمَّة المشهود لها بالفضل، والظاهر من حاله الصدق فيما يخبر عن رأيه، فيكون كغيره من المجتهدين[٨٩].

وفي رأي رشيد رضا أن أهل الإجماع هم مَن «يثق بهم الناس في أمور دينهم، ومصالح دنياهم؛ لاعتقادهم أنهم أوسع معرفة، وأخلص في النصيحة»[٩٠]. وأولو الأمر في زماننا عنده هم: «كبار العلماء ورؤساء الجند والقضاة وكبار التجَّار والزراع وأصحاب المصالح العامَّة، ومديرو الجمعيات والشركات وزعماء الأحزاب... الذين تثق بهم الأمَّة في مصالحها، وترجع إليهم في مشكلاتها»، والشرط «أن يكونوا من المجتهدين، ولا يكون لهم صفة تشريعية بغير ذلك، وهذا هو الذي يُفهم من علم الأصول»[٩١]. وللانتخاب عنده دور كبير في تحديد أشخاصهم، بحكم معرفة كل مجتمعٍ بأفضل مَن يمثِّله[٩٢]. ويشير في السياق نفسه إلى دور الشورى المأمور بها في تحديد الأحكام الشرعية والإدارية، لكنه يخشى في الوقت نفسه من إفساد أهل السياسة «لأولي الأمر وإفساد الناس بهم... فاشتدَّت الحاجة لأجل هذا إلى إعادة السلطة إلى أولي الأمر بقوة الأمَّة وتكافلها»[٩٣].

(ب) **استناد الإجماع إلى سندٍ من نصٍّ أو قياسٍ أو مصلحة**، مما سبق التنبيه إليه. وخالف في ذلك بعض الأصوليين، ورأوا إمكان وقوع الإجماع دون سندٍ يؤيده، بالنظر إلى أن هذا الشرط يهدم استقلال الإجماع، ويؤدي إلى تبعيَّة الإجماع للدليل الذي يسنده، فتنتفي فائدته. ويمكن أن يكون نفاة هذا الشرط الذي يجيز إجماع المجتهدين دون نصٍّ من أتباع مذهب التحسين والتقبيح العقليين؛ فإنه إذا كانت الأفعال حسنة أو قبيحة في ذاتها فلا يبعد أن يتفق الناظرون فيها على الموقف منها. غير أن هذا الاستدلال غير سديدٍ؛ لأن الأدلَّة تتضافر ويقوِّي أحدها الآخر، ولا يمنع توارد الأدلَّة فيما تفيده مما يرجح

---

(٨٩) الإحكام للآمدي (١/ ٢٠٧).

(٩٠) تفسير المنار (٥/ ١٥٩).

(٩١) نفسه (٥/ ١٦٣) وما بعدها.

(٩٢) نفسه (٥/ ١٥٨).

(٩٣) نفسه (٥/ ١٥٩) وما بعدها.

العمل بها. إن المحقِّق والقاضي والفقيه كذلك - على ما نراه في مناهج الاستدلال الفقهي - لا غنى له عن العمل بكلٍّ ما يتاح له من أدلَّة.

(ج) **أما الشروط الأخرى المتعلِّقة بانقراض العصر ونقل الإجماع بطريق التواتر، فلا تفيد سوى المبالغة في التحوُّط والحرص،** ما يكرُّ على وظيفة الإجماع ذاتها بالتعطيل والإلغاء. وهذا الشرط عند ابن حزم «من أحسن قول قيل؛ لأن عصر الصحابة اتصل مائة عام وثلاثة أعوام»[٩٤]، وقد لا يبدو منطقيًّا أن ننتظر وفاة الخبير للاطمئنان إلى أنه لن يرجع عن رأيه لتحصيل الثقة بقوله. ويعني انقراض المجمعين وفاة كلٍّ منهم، مما قد يستغرق أجيالًا متتالية. ويتجه على اشتراط التواتر في نقل الإجماع ما اتجه على سابقه من الإغراق في التحوُّط، وعدم الواقعية؛ إذ لن تتوافر الدوافع للاهتمام بنقل مسألة فقهية أو قانونية؛ ولذا قد يكفي اشتراط النشر والإعلان.

(٧) أهل الإجماع ومن لهم الحق في عقده:

ينعقد الإجماع باتفاق المجتهدين، أهل الحل والعقد، على حكم شرعيٍّ كما تقدَّم، ولا يُتصور دخول العوام في الإجماع بهذا المعنى لعدم قدرتهم على النظر في الأدلة الشرعية واستنباط الأحكام منها.

غير أنه يُتصور تحقُّق الإجماع باتفاق العوام وغير المجتهدين في الأمور التي يفهمونها ويشتركون في إدراكها مع غيرهم من أهل الاجتهاد، وفي هذا يقول الغزالي: «يُتصور دخول العوام في الإجماع، فإن الشريعة تنقسم إلى ما يشترك في دركه العوام والخواص كالصلوات الخمس ووجوب الصوم والزكاة والحج، فهذا مجمَع عليه؛ وإلى ما يختصُّ بدركه الخواص كتفصيل أحكام الصلاة والبيع. فما أجمع عليه الخواص، فالعوام متفقون على أن الحقَّ فيه... فهم موافقون أيضًا فيه، ويحسن تسمية ذلك إجماع الأمَّة قاطبة، كما أن الجند إذا حكموا جماعةً من أهل الرأي والتدبير في مصالحة أهل قلعة فصالحوهم على شيء يقال هذا باتفاق الجند، فإذن كل مجمَع عليه من المجتهدين فهو

---

(٩٤) الإحكام لابن حزم، (٤/ ٥٤٤).

مجمَع عليه من العوام وبه يتمُّ إجماع الأمَّة»[٩٥]. وتدلُّ هذه العبارة الأخيرة على تبنِّي الغزالي الرأي القائل بأن الخواص نوَّابٌ عن العوام وممثلون لهم، مثلما يمثِّل القادة جنودهم في القرارات الضرورية لهم. ويدخل العاميُّ في الإجماع مطلقًا عند القاضي أبي بكر الباقلاني، ويشترك فيه الخاصَّة والعامَّة، لحاجة الجميع إليه[٩٦].

ويستفاد من هذا دخول العوام في الإجماع بوجهين: أولهما غير مباشر، ويتحقَّق ذلك في الأمور التي لا يدركونها ولا يستجمعون شروط النظر فيها، فيصار إلى مجتهدي الأمَّة الذين ينوبون عن العامَّة ويمثلونهم في النظر والتقدير والاستنباط، فإن اتفقوا على رأي كان إجماعًا للأمَّة كلِّها. أما الثاني فهو المباشر، ويتحقَّق هذا في الأمور التي يفهمها الجميع ويدركونها، وذلك كالأمور الأساسية في الدين من وجوب الصلاة والزكاة واستحقاق الأولاد والأزواج والزوجات في الميراث مما يفهمه الجميع، ولكن كيف يمكن أخذ رأي جماهير المسلمين في موضوعٍ من الموضوعات؟

يتصور الغزالي إمكان أخذ رأي الجماهير في ملك سايس يجمعهم على صعيدٍ واحدٍ يستفتيهم فيفتون أو يراسلهم أو يكاتب جميعهم ويعلم توافقهم في وقتٍ واحد، فهذا طريق تصوُّره والعلم به. وقد كان من الممكن أن يصل الفكر الأصولي إلى تحديد أسلوب الاستفتاء الذي اقترب منه في البحث عن أساليب التعرف إلى رأي الجماهير في الأمور العامَّة لو تطلَّب ذلك الواقع السياسي والاجتماعي. غير أن النُّظم السياسية المتعاقبة قد فضَّلت - فيما أشرت إليه من رأي محمَّد إقبال - إسناد الاجتهاد إلى الأفراد دون المجتمع؛ لأنه الأَيْسَرُ في فرض ما تراه هذه النُّظم.

(٨) أنواع الإجماع:

ينقسم الإجماع بالنظر إلى كيفية حدوثه ووقوعه إلى قسمين:

---

(٩٥) المستصفى للغزالي (١/ ١٨١).

(٩٦) التقرير والتحبير (٣/ ٨٠).

الأول: الإجماع الصريح القولي (Explicit Consensus)، وهو الذي يكون باتفاق المجتهدين بتعبيرٍ صريحٍ إيجابيٍّ عن رأيهم في حكمٍ شرعيٍّ، وقد يجري تعبيرهم ببحثهم المسألة في اجتماعٍ للمجتهدين أو بمكاتبتهم وردِّ كل واحدٍ منهم على ما وجِّه إليه من أسئلة، أو بإفتاء كلٍّ منهم فيها. وتزيد احتمالات حدوث مثل هذا الإجماع الصريح في العصر الحديث، حيث يمكن أن تتكفَّل المجامع الفقهية المؤلَّفة في البلاد الإسلامية بقيادة الاجتهاد الجماعي وحثِّ المشتغلين بالفقه على النظر في المسائل الحادثة والمعاملات الطارئة والانتهاء إلى رأي فيها.

ومن أمثلة الإجماع الصريح الاتفاق على بيعة أبي بكر، وجمع القرآن، والضمان بالإهمال والتقصير، ومنع بيع أمهات الولد، وتصحيح الاستصناع، والعول في المواريث وتشريك الأشقاء مع الإخوة للأُم، وقتل الجماعة بالواحد، والالتزام بالعدل والحرية والمساواة. ومنه كذلك إنكار الصحابة نصَّ النبيِّ على مَن يخلفه، واعتبار الخوارج من البغاة الذين يحقُّ للأمَّة قتالهم دون استحلال أموالهم. ومما تحقَّق منه في العصر الحديث الاتفاق على جواز التأمين التبادلي أو التعاوني الذي اتفق الكاتبون في التأمين على حلِّه. أما التأمين التجاري فقد اختلف الناس فيه، واحتدم النقاش بشأنه إلى مجيز ومُبطِل، ولكلٍّ وجهته وأدلته التي يستند إليها. ومنه كذلك إثبات الضمان بالتعدي، وحرمة المِلك، ووجوب الوفاء بالعقود، والضمان بمخالفة الشروط، وحق الزوجة في اشتراط ما لا يخالف العقد، وتقييد زواج الصغار، وما إلى ذلك.

والثاني: الإجماع السكوتي (Tacit Consensus)، وهو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في حكمٍ شرعيٍّ، ولا يخالفه الآخرون صراحةً، كما لا يعبِّرون عن موافقتهم لهذا البعض، فهذا هو الإجماع السكوتي. وإنما يتحقَّق هذا النوع من الإجماع بالشروط التالية:

(١) ألَّا يتضمَّن السكوت دلالةً على المخالفة.

(٢) ألَّا يكون السكوت للخوف من الأذى أو الضرر؛ ذلك أن السكوت إن كان لشيءٍ من ذلك لم يفد معنى الرضا والموافقة.

(٣) مضيُّ مدَّة كافية للنظر في المسألة المجتهد فيها.

وإنما يتحقَّق الإجماع بالسكوت؛ لأن صمت المجتهد عن المعارضة مع تمكُّنه من إبداء رأيه قد يُحمل على الموافقة؛ لأن السكوت في معرض الحاجة بيانٌ. ومن ذلك أيضًا عرض مشروعات القوانين على الأساتذة المتخصِّصين في كليات الحقوق وغيرها قبل تقديم هذه المشروعات على المجالس النيابية، للإفادة من مقترحات هؤلاء الأساتذة، وإثارة النقاش المجتمعي حول المشروع المقدَّم، وتنمية الوعي التشريعي والقانوني للأمَّة. وسيُعَد عدم إبداء الاعتراض نوعًا من الموافقة. وقد نَعِمَ المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (١٩٤٩م) بعدَّة «استفتاءات، وبخاصةٍ الاستفتاء الشامل الذي تفضَّل به حضرة صاحب المعالي الأستاذ عبد العزيز باشا فهمي»[٩٧]. ونجم عن مراجعاته الواسعة إثارة نقاش مجتمعيٍّ حول بنوده، وتصحيح اتجاهاته، على نحوٍ حقَّق له القبول في مجتمعه، والتأثير البالغ في سائر القوانين المدنية العربية. أما هذه القوانين التي تُكتب بليلٍ، وتُوقَّع في الغرف المغلقة، فلن تُكتب لها الحياة. وقد اختلف العلماء في حجيَّة الإجماع السكوتي، واتجهوا في ذلك الاتجاهات الثلاثة التالية:

الاتجاه الأول: أنه ليس بإجماعٍ؛ لأنه لا يُنسَب لساكتٍ قول، ولا يُحمل سكوت المجتهد على الموافقة، لاحتمال أنه لم يَرَ داعيًا لإبداء رأيه في المسألة المطروحة، وهذا مذهب الشافعي والمالكية.

الاتجاه الثاني: أنه حجَّة تفيد القطع واليقين مثله مثل الإجماع الصريح؛ لأن السكوت يُحمل على الموافقة، متى قامت الأسباب الداعية إلى التعبير عن المعارضة إن وجِدت، وانتفت المخاوف المانعة من هذا التعبير، وهو مذهب الحنابلة وأكثر الحنفية.

الاتجاه الثالث: أن الإجماع السكوتي حجَّة ظنيَّة، تفريقًا بينه وبين

---

(٩٧) مشروع تنقيح القانون المدني، المذكرة الإيضاحية، المطبعة الأميرية، القاهرة، سنة (١٩٤٨م)، (١/٣).

الإجماع الصريح. وطبقًا لهذا الرأي، فإن الإجماع السكوتي إجماع، لكنه لا يفيد اليقين[98].

(٩) أقسام الإجماع بحسب المُجمِعين:

يناقش الأصوليون عددًا من أقسام الإجماع بحسب شخصيات المجمعين وانتماءاتهم، ومن ذلك ما يلي:

أ - إجماع أهل المدينة:

ذهب مالك إلى أن إجماع أهل المدينة حجَّةٌ يلزم غيرهم اتباعهم فيما أجمعوا عليه. ويستدلُّ لذلك بأدلَّة عديدة، من بينها أن المدينة دار هجرة النبي ﷺ ومستقرُّ الإسلام، ومجمع الصحابة، فتكون الأعراف التي تكوَّنت فيها مقبولةً من الصحابة، فلا يجوز الخروج عليها.

ويخالف الجمهور في هذا، ويرون أن إجماع علماء المدينة وأهلها لا يكون حجَّةً في أحوال مخالفة غيرهم لهم؛ لأن الصحابة قد تفرقوا في البلاد المختلفة، فلا يكون إجماع أهل المدينة بأَوْلَى من إجماع غيرهم. ويردُّ ابن حزم هذا النوع من الإجماع، بحجَّة أن ما أجمع عليه أهل المدينة قد وافقهم فيه غيرهم. ولا يرى الجصاص فضلًا للمدينة على الكوفة، وأن أهل المدينة وسائر الناس غيرهم في ذلك سواءٌ، وليس لأهل المدينة مَزِيَّةٌ عليهم في لزوم اتباعهم[99].

ب - إجماع أهل البيت:

مذهب الشيعة أن إجماع أهل بيت النبي ﷺ حجَّةٌ، وليس لغيرهم

---

(٩٨) شرح الورقات في أصول الفقه لجلال الدين المحلي، جامعة القدس، فلسطين، الطبعة الأولى، (١٩٩٩م)، ص١٨٦؛ والبرهان للجويني (١/ ٧٢٢)، والمستصفى للغزالي (١/ ١٨٦)، وأصول السرخسي (١/ ٣١٤)، وكشف الأسرار للبزدوي (٣/ ٢٦١).

(٩٩) الإحكام لابن حزم (٤/ ٢٠٩).

مخالفتهم فيما أجمعوا عليه؛ وذلك لأنهم «أهل بيت الرسالة، ومعدن النبوّة، والوقوف على أسباب التنزيل، ومعرفة التأويل، وأفعال الرسول وأقواله؛ لكثرة مخالطتهم له ﷺ». ويخالف أهل السُّنة في ذلك، ولا يرون حُجيَّةً لإجماع آل البيت، وهو ما يقرِّره الآمدي بقوله: «لا يكفي في انعقاد الإجماع اتفاقُ أهل البيت، مع مخالفة غيرهم لهم، خلافًا للشيعة»[١٠٠]. وحجَّتهم في هذا من قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا﴾ [الأحزاب: ٣٣]. كما يستدلون لهذا بحديث الكساء، وأنه لمَّا نزلت هذه الآية لفَّ عليه السلام عليهم كساءً وقال: «هؤلاء (علي، وفاطمة، والحسن، والحسين) أهل بيتي». ويستدلون كذلك بقوله عليه السلام: «إني تاركٌ فيكم ما إن تمسَّكتم به لن تضلوا، كتاب الله وعترتي»[١٠١]. ولم تقدِّم هذه الصورة الساذجة لهذا الأصلِ من الناحيتين الواقعية والنظرية أدنى فائدة.

ج - إجماع الخلفاء الأربعة:

إذا اتفق الخلفاء الراشدون الأربعة على حكم شرعيٍّ لم يعتبر هذا إجماعًا يلزم غيرهم اتباعه، خلافًا لبعض من ذهب إلى ذلك، استدلالًا بما رُوِيَ من قوله ﷺ: «عليكم بسنَّتي وسُنَّة الخلفاء الراشدين من بعدي، عضوا عليها بالنواجذ»، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول ﷺ أوجب اتباع سُنَّة هؤلاء الخلفاء مثلما أوجب اتباع إجماع أصحابه وسنَّتهم.

ويؤدي تتبُّع الأمثلة التي أجمعوا عليها والتزام مَنْ بعدهم بأحكامهم فيها إلى إدراك أوجه الشبه بين هذا النوع المحدود من الإجماع والقوة التي منحها القانون الإنجليزي للسابقة القضائية في مبدأ (stare decisis) المعروف في هذا القانون. لقد استقرت أحكام عمر في التشريك بين الإخوة للأم والأشقاء، وقتل الجماعة بالواحد، والتضمين بخطأ المتبوع في قضية المرأة الحامل التي أرسل إليها من يستدعيها إلى مجلس حكمه، فأفزعها، فأجهضت في الطريق وماتت،

---

(١٠٠) الإحكام للآمدي (١/ ٢٤٥)، وأصول الفقه لابن مفلح، تحقيق: السدحان، مكتبة العبيكان، (١٩٩٩م)، (٢/ ٤١٦).

(١٠١) الإبهاج في شرح المنهاج لتقي الدين السبكي (٢/ ٣٦٥).

وفي النظام المالي الذي شرعه. وكوَّنت أحكامه وأحكام أبي بكر وعليٍّ لبناتٍ أساسيةً في تكوين الفقه الإسلامي. ولا تعدو الإشارة إلى إجماعهم أن تكون تقديرًا لدورهم في إرساء هذه اللبنات الأساسية.

(١٠) صور تحقُّق الإجماع:

يتحقَّق الإجماع في الصور التالية:

الصورة الأولى: الإجماع المفيد للقطع واليقين في حكمٍ شرعيٍّ مظنون قبله، كالإجماع على أن السُّكْر حرامٌ، وكالإجماع على استحقاق بنت الابن السدس مع البنت تكملةً للثلثين، والإجماع على أن الإخوة لا يرثون مع الأب شيئًا، والإجماع على أن الجدَّة لا ترث مع الأُم، وميراث المطلقة طلاقًا رجعيًّا إذا مات الزوج في العدَّة، والإجماع على جواز الوصية للوالدين والأقارب غير الوارثين، والإجماع على تقييد الوصية بالثلث إلا أن يجيز الورثة الوصية بما زاد على هذا الحدِّ، ومنه الإجماع على أن للزوجة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها، وألَّا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها. ومنه كذلك الإجماع على جواز الاستصناع والسلم، وتقديم استيفاء الدَّيْن على الوصية، ووجوب تنصيب خليفة لحفظ المصالح، وتقييد تصرُّفه بالمصلحة، وحق الأمَّة في عزله.

وتكْمُن فائدة الإجماع في هذه الصور في أن أحكام هذه الفروع مظنونةٌ قبله؛ لأنها مستندةٌ إلى نصوصٍ ظنيَّة في ثبوتها أو دلالتها، وتصير بعده إلى إفادة العلم اليقيني أو الظن الراجح، حتى لا يصح لأحدٍ - أو يصعب في أقل تقدير - الخلاف فيها.

الصورة الثانية: الإجماع المفيد للقطع واليقين في حكمٍ شرعيٍّ كان مقطوعًا به قبل انعقاد الإجماع، من ذلك الإجماع على استحقاق الزوج النصف عند عدم وجود الفرع الوارث، وأن له الربع إذا وجِد الفرع الوارث، ومن هذا القبيل الإجماع على تحريم أن ينكح الرجل أمَّه، وأن الزوجة لا تحلُّ لمن طلقها ثلاثًا حتى تنكح زوجًا غيره، وأجمعوا فيمن طلق زوجته المدخول بها

طلاقًا يملك رجعتها وهو صحيح أو مريض فماتت أو مات قبل انقضاء العدَّة أنهما يتوارثان.

وإنما يفيد هذا الإجماع تأكيد اليقين المستفاد من النصوص قبل انعقاده، ويترتَّب على تأكيد اليقين بالإجماع على هذا النحو أنه لا يجوز لأحدٍ التعرُّض لهذه النصوص بتفسيرها تفسيرًا يستوجب المخالفة، والخروج على ما استقرَّ عليه الإجماع. وبهذا ينهي هذا النوع من الإجماع احتمالَ تفسير النصِّ المقطوع بثبوته ودلالته تفسيرًا آخر ينزل به عن مرتبته التي استقرَّ عليها إلا باجتهادٍ قويٍّ ومبرَّر يسوِّغ الخروج على مقررات هذا النوع من الإجماع.

وعلى سبيل التوضيح، فإن ميراث الأُم هو الثلث عند عدم الإخوة أو الفرع الوارث طبقًا لما جاء في القرآن، غير أن هذا «الثلث» قد صار إلى «ثلث الباقي» بعد نصيب الزوج أو الزوجة في تفسير عمر واجتهاده. أما نصيب الزوج والزوجة وهو النصف أو الربع أو الثمن تبعًا لوجود الأولاد أو عدم وجودهم، فلا يحتمل مثل هذا التفسير بعد أن صار الإجماع عليه. وهكذا فإن للإجماع وظيفةً بالغة الأهمية فيما تفيده النصوص المقطوع بثبوتها ودلالتها؛ لأنه ينفي تطرُّق الظنِّ والاختلاف في تفسيرها فيما بعد.

الصورة الثالثة: الإجماع على تأويل النصِّ على نحوٍ معيَّن، فلا يجوز الخروج على هذا التأويل في الأجيال اللاحقة، ومن ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] خاصٌّ بالاتهام بالزنا، حيث أجمع العلماء على تفسير رمي المحصنات بذلك، فلا يجوز تفسيره بما يشمل الاتهام الكاذب بالسرقة أو الغش أو الاختلاس مع أن هذا كلَّه من قبيل الرمي بالتُّهم الكاذبة.

وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، يفيد إثبات عقوبة قطع اليد في السرقة متى اكتملت شروط العقوبة الحديَّة، فلا يجوز الخروج على هذا التفسير المجمَع عليه إلى تفسير قطع أيدي السراق بمعنى كف أيديهم عن العدوان على أموال المجتمع بحبسهم أو تأديبهم بما يردعهم عن ارتكاب جريمتهم. ومع ذلك، فإن قيام الشبه المختلفة، ومنها توبة السارق، مما يوجب دفع العقوبة الحديَّة والنزول بها إلى العقوبة التعزيريَّة.

ومن هذا النوع من الإجماع تفسير قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، في الدلالة على أن عدَّة الحُرَّة المسلمة التي ليست بحاملٍ من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت مدخولًا بها أو غير مدخولٍ بها، صغيرة أم كبيرة، وقد أجمعوا في تفسير هذه الآية على أن الزوجة تعتدُّ عدَّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام إذا كان زوجها قد طلَّقها طلاقًا رجعيًّا ومات قبل انقضاء العدَّة، حتى لو لم يكن قد راجعها.

ويفيد هذا النوع من الإجماع الوقوفَ عند تفسير النصِّ على النحو الذي انتهى إليه العلماء بإجماعٍ بينهم في عصر من العصور، ومعناه أنه لا يجوز استحداث تفسير آخر يبطلُ التفسير المجتمع عليه إلا بمسوِّغ يبرِّره من مصلحة أو تبدُّل عرف أو إعمال لمبدأ من المبادئ الشرعية الثابتة.

الصورة الرابعة: الإجماع على علَّة الحكم الشرعي، وما يجب به، كالإجماع على أن علَّة القصاص والسبب الموجب له هو القتل العمد العدوان. أما القتل غير العمد، فلا يجب القصاص به. ويترتَّب على أن السبب الموجب للقصاص هو القتل العمد وجوبه على الجماعة إذا قتلوا فردا عمدًا عدوانًا، طبقًا لما حكم به عمر وأجمع عليه الصحابة في قضية المرأة اليمنية التي قتلت ابن زوجها بالاشتراك مع عاشقها وصديق له. ومنه الإجماع على أن إتلاف مال الغير أو غصبه موجبٌ للضمان، سواء كان المتلف أو الغاصب مميزًا أو غير مميز، عاقلًا أو غير عاقل، صغيرًا أو كبيرًا، فيجب الضمان في كلِّ هذه الأحوال، وقد ترتَّب على هذا الإجماع وجوب الضمان على إتلاف مال غيره أو غصبه بغير قصدٍ أو بإهمالٍ.

الصورة الخامسة: الاتفاق على رأيٍ واحدٍ بعد الاختلاف إلى عدَّة آراء. من ذلك أن الصحابة قد اختلفوا في حكم بيع أُمِّ الولد، وهي الأَمَة التي ولدت من سيِّدها، فحكم بعضهم بصحَّة هذا البيع ومنعه بعضهم. غير أن العلماء قد انتهوا إلى الإجماع على تحريم بيعها، وكثير من العلماء على أن هذا لا يُعَدُّ إجماعًا لسبق الخلاف، واستمرار مذاهب المجتهدين صالحة بعد وفاتهم.

ومن عبارات الإمام الشافعي الرشيقة - بتعبير الجويني - أن المذاهب لا تموت بموت أصحابها. لكن يرى كثير من العلماء أن الاتفاق بعد الاختلاف

إجماع قويٌّ؛ لأنه يفيد تبيُّنَ الحقِّ بعد التباسه، ويترتَّب على ذلك أنه إذا حكم القاضي بصحَّة بيع أُمِّ الولد باجتهادٍ منه في ذلك، «فهل ينقض حكمه لأن الخلاف الواقع فيها بين الصحابة قد عارضه إجماع الشافعي وعلماء عصره على المنع؟ فيه وجهان». ذلك أن الذين لم يعتبروا إجماع الشافعي وعلماء القرن الثاني الهجري على بطلان بيع أُمِّ الولد قد أجازوا اجتهاد القاضي في هذه المسألة. أما الذين اعتبروا الإجماع منعقدًا ولو بعد الاختلاف، فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز لأحدٍ خلافه؛ ولهذا سيبطل عندهم اجتهاد القاضي ويُنقض، ويمتنع عندهم بيع أُمِّ الولد بهذا الإجماع.

ويوضِّح هذه الصورة من الإجماع اتفاقُ الصحابة على خلافة أبي بكر وحكمهم بانعقاد البيعة له بعد اختلافهم فيمن يتولَّى منصب الخلافة.

الصورة السادسة: وهي من صور الإجماع الحديثة، فقد انعقد الإجماع في العصر الحديث في كثيرٍ من فروع الأحوال الشخصية وغيرها. من ذلك إجماع قوانين الأسرة الصادرة حديثًا على تقييد زواج الصغار فضلًا عن مجازاة ذويهم الذين قاموا بتزويجهم في بعض هذه القوانين، مما يعكسه الحكم الذي أصدره القاضي اليمني في قضية «نجود علي» التي تزوجت، وعمرها عشر سنوات. وقد حكم هذا القاضي النبيل «محمد فادي» الذي استضاف الطفلة في منزله ثلاثة أيامٍ بتطليقها مع حبس أبيها وزوجها.

ومن صور الإجماع الحديثة التطليق للضرر المستفاد من المذهب المالكي، والتطليق لحبس الزوج وعدم إنفاقه ومرضه مرضًا مزمنًا لا يُرجى برؤه. ومنه كذلك التوسُّع في الشروط التي يحقُّ للزوجة اشتراطها في عقد النكاح، فضلًا عن بعض النظريات والقواعد الفقهية، كنظرية التعسُّف في استعمال الحقِّ، وإعادة توزيع التزامات المتعاقدين بالظروف الطارئة.

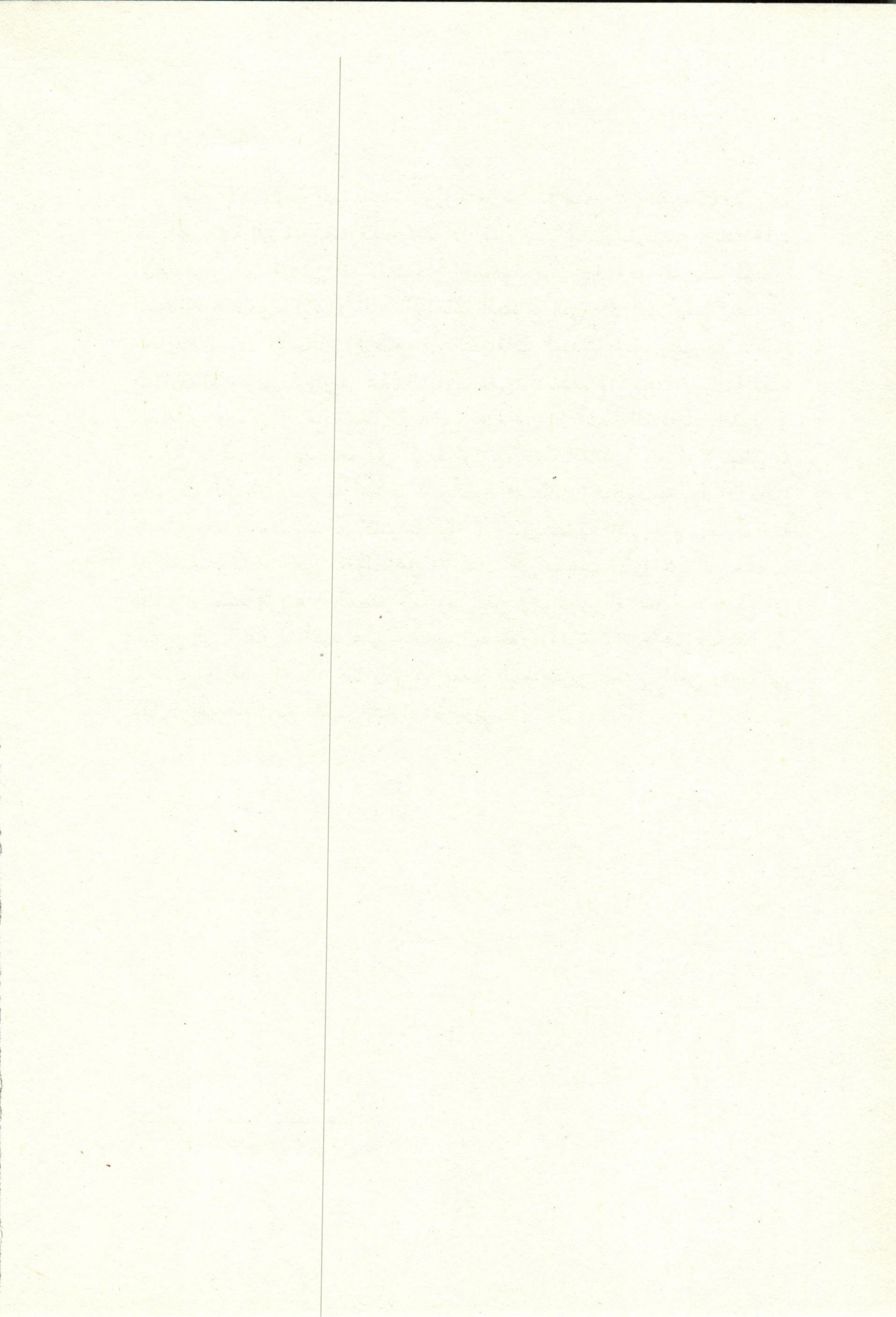
ومن تنوُّع هذه الصور وتعدُّدها في القديم والحديث يتضح الدور الذي قام به الإجماع في تفسير النصوص والإلحاق بها والاستدلال والتعليل ورفع الخلاف في بعض الأمور، وبهذا فهو القوة التي تزوَّد بها الفقه لتحقيق نوعٍ من الوحدة والتناسق في مسيرته الطويلة. ولهذا فلا حقَّ في التمسُّك بعدم إمكان وقوع الصور الممكنة منه.

(١١) خاتمة:

قدَّم الأصوليون المسلمون صورًا متعارضة للإجماع لا يمكن التوفيق بينها من الوجهة العملية. وقد أردت أن أقدِّم صورةً مختارةً من اختلافات الأصوليين، بناءً على أنه لا يمكن إعمالها جميعها. وقد اقتربت الصورة المختارة هذه من فكرة الأغلبية البرلمانية المطلقة التي مال إليها رشيد رضا في محاولته إعمال الإجماع وتوظيفه في السياقات الحديثة، بما يتفق مع مجمل التناول الأصولي. ويتواتر هذا التناول على التسليم بالأهمية الفائقة لهذا المصدر. ويمكن الإفادة مما قرَّره ابن حزم من أن «كثرة القائلين بالقول لا تصحِّح ما لم يكن صحيحًا قبل أن يقولوا به، وقلَّة القائلين بالقول لا تبطل ما كان حقًّا قبل أن يقول به أحدٌ... فإن القول قد يكثر القائلون به بعد أن كانوا قليلًا، وقد يقلون بعد أن كانوا كثيرًا»[١٠٢]. ويستشهد ابن حزم لهذا بواقعة تاريخية مؤكدة، وهي تحوُّل أهل الأندلس من مذهب الأوزاعي إلى مذهب مالك. وأستند إلى هذا المنطق التجريبي في وجوب إنزال حجيَّة الإجماع من اليقين إلى الظنِّ للتأكيد على وجوب إعماله، ووقوعه، بدلًا من إلجائه إلى الخيال أو رفض إعماله مما وقع فيه بعض المعاصرين الكبار الذين وقعوا في هذا الرفض يأسًا من تشتُّت التناول الأصولي.

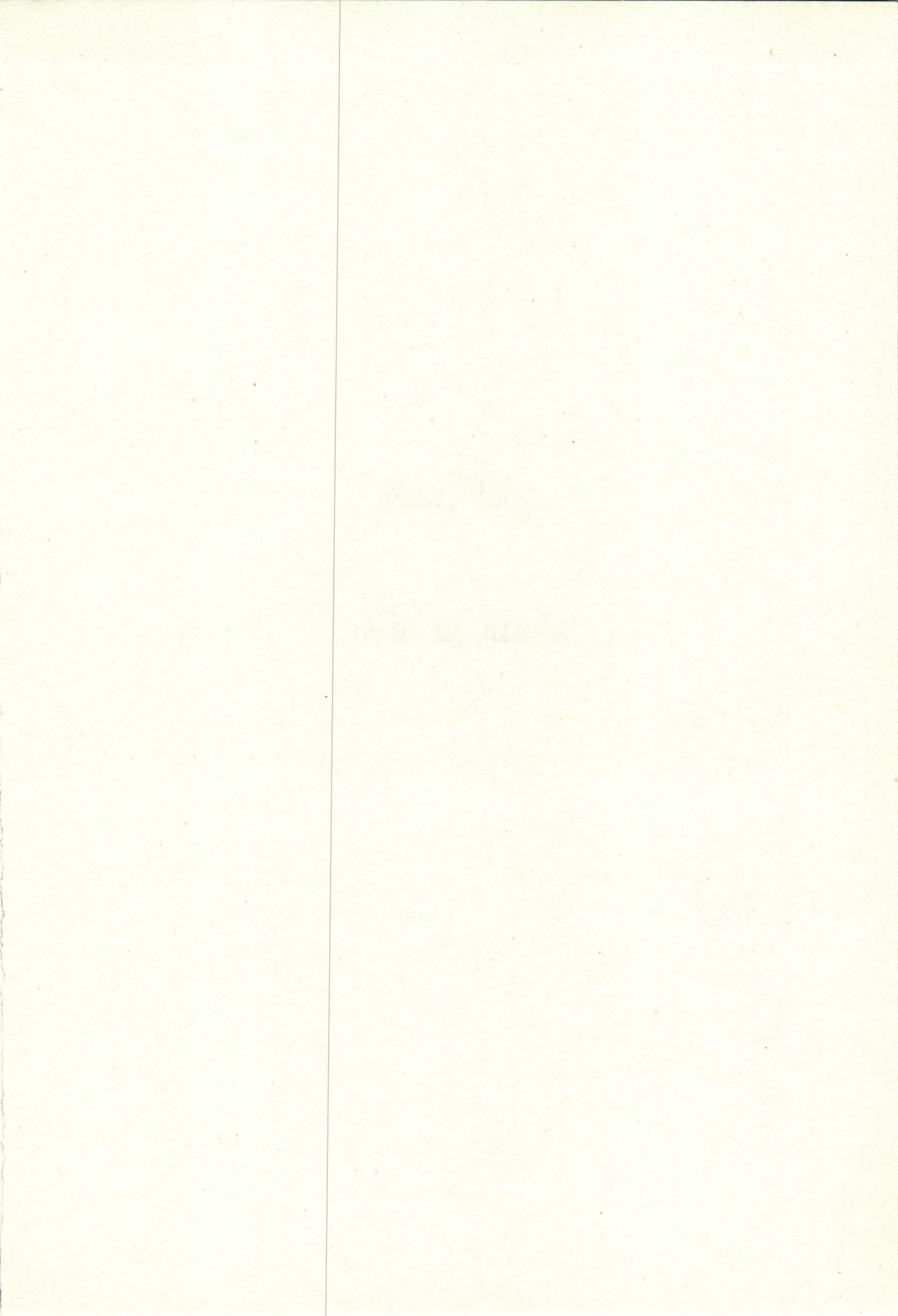
---

(١٠٢) الإحكام، لابن حزم (٢/ ٥٤).



الفصل الثاني

الأدلَّة غير النصيَّة



المصدر الأول: الاستدلال

(١) تقديم:

يستهدف الاستدلال في أهم ما يعبِّر عنه اكتشافَ الحقيقة باتباع الطرق المنطقية والعقلية المفيدة في بلوغ هذا الهدف. ويتسم الاستدلال بهذه المرونة بفضل تنوُّع الأدوات المنطقية التي يعتمد عليها في مجالات عمله البالغة الاتساع. وإنما يعمل الاستدلال في هذه المجالات التالية التي يتقيَّد بها، وهي:

أولها: الاستدلال التفسيري الذي يعمل لتحديد مدلول النصوص منطوقًا ومفهومًا. ويقترب هذا النمط التفسيري من نمط مدرسة التفسير العلمي الحر، نظرًا لاعتماد هذين النمطين على الوسائل المنطقية السليمة في تحديد معنى النصِّ. وستأتي مناقشة هذا النوع من الاستدلال في الباب الذي سينعقد لدلالات الألفاظ وتفسير النصوص.

ثانيها: الاستدلال الاستنباطي في الفقه أو القضاء. ويهدف هذا الاستدلال إلى الكشف عن الحكم الشرعي بأدواتٍ أخرى، من غير النصوص والإجماع والقياس، كما سيأتي توضيحه بعد قليل. ويفيد هذا النوع من الاستدلال أيضًا في ترتيب وقائع القضية والنظر فيها بالأدوات المنطقية المختلفة بما يُعين القاضي على الوصول إلى الحكم فيها.

ثالثها: الاستدلال البرهاني الذي ينحصر عمله في البرهنة على الحكم بعد إدراكه، أو الاحتجاج والتعليل له لتأييده، وجدال من ينكره، وتسبيبه، مما قد يندرج تحت عنوان «المعقول» المألوف في المدونات الفقهية التي تتبع نمطًا استدلاليًّا بدأ من القرآن إلى السُّنة والإجماع ثم المعقول. تجد ذلك - على

سبيل التمثيل - في الاستدلال على مشروعية البيع، في كتابٍ كان مقررًا على طلبة المرحلة الثانوية بالأزهر، ببيان أنه: «عقد مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسُّنة والمعقول»[1].

وتزاوج المدونات الفقهية كثيرًا، مما هو معهود للمبتدئ، في احتجاجاتها وتعليلها بين النصِّ والمعقول، كما قد يغلب اللجوء إلى المعقول؛ ففي «اللباب شرح الكتاب» الذي كان مقررًا على المرحلة الابتدائية بالأزهر في موضوع عيوب المبيع بعد تعريف العيب أنه: «إذا اطلع المشتري على عيبٍ في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ردَّه؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخيَّر كيلا يتضرَّر بلزوم ما لا يرضى به. وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان، لما مرَّ أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، والبائع لم يرضَ بزواله بأقل من المسمَّى فيتضرر، ودفع الضرر عن المشتري ممكنٌ بالردِّ. وكلُّ ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب؛ لأن التضرُّر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة. والمرجع في معرفته أهله، سواء كان فاحشًا أو يسيرًا»[2].

ويطبع هذا النوع من الاستدلال بالمعقول أو البرهاني الكتابةَ الفقهية على مرِّ العصور وفي المذاهب جميعها، مما يقطع بتأثير هذا الاستدلال في النظر الفقهي.

ولهذا يجب الالتفات إلى أهمية دلالات مصطلح «المعقول» الذي تمثِّل مضامينه مظلَّة عامَّة تدخل فيها الأدلَّة المتفق عليها والمختلف فيها، بما يشمل القياس والاستحسان والمصلحة والعُرف. لقد اختير هذا المصطلح الأخص من الاجتهاد لتعلُّقه بالعمل داخل الأصول المتعلِّقة بالفكر والنظر في مقابل النصوص والإجماع. وهذا هو الاستدلال الذي يتجه إلى طلب كل ما يصلح أن

---

(١) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، دار المعرفة، (١٩٧٥م)، (٢/ ٣).

(٢) اللباب شرح الكتاب لعبد الغني التميمي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت (بدون تاريخ)، (٢/ ٢٠). والكتاب هو مختصر القدوري الذي قال عنه الشاشي: «من حفظ هذا الكتاب فهو أحفظ أصحابنا، ومن فهمه فهو أفهم أصحابنا»، أي: الأحناف.

يكون برهانًا ودليلًا على الحكم الذي أدى إليه اجتهاد المجتهد. ويجب التأكيد على أن أبرز ثمرات الاستدلال عند الكثيرين هي إعمال المبادئ الشرعية والقواعد الكليَّة التي لا تعمل ضمن الأقيسة الجزئية، على ما يأتي توضيحه.

ولهذا يجب ألَّا نخلط بين وظائف الاستدلال المختلفة: التفسيرية والاستنباطية والبرهانية المختلفة، وألَّا نخلط كذلك بين مرحلتي الاستنباط من الأدلَّة وتأييد الحكم بعد استنباطه بالاستدلال والبرهان والتسبيب، رغم الاتصال بينهما وتضافرهما في كشف مسالك استنباط الحكم واختبار هذه المسالك عند الانتقال إلى التأييد والتسبيب.

(٢) تعريف الاستدلال:

تتوارد كثير من المؤلفات الأصولية التقليدية على العناية بالاستدلال الذي تعدُّه من جملة الطرق المفيدة للأحكام، مما يسوغ ذكره فيها عقب تناول مصادر الكتاب والسُّنة والإجماع. فهو لغةً: طلب الدليل. وله في الاصطلاح الأصولي تعريفاتٌ عديدة، لا أحصيها، وإنما أختار منها أدلَّها على المقصود، مما ستأتي فيما يلي:

(أ) «إقامة دليلٍ ليس بنصٍّ من كتابٍ أو سُنَّة، ولا إجماعٍ ولا قياسٍ شرعيٍّ»[٣]. وهذا هو تعريف الإسنوي والطوفي[٤]. وبهذا فإن الاستدلال طلب ما قد يُعَدُّ دليلًا مقبولًا في العمل به؛ فيدخل فيه القياس الاقترانيُّ[٥]، والقياس

---

(٣) شرح الكوكب المنير ابن النجار الحنبلي (٤/ ٣٩٧) وما بعدها، والتعريفات للجرجاني، ص١٢، والإحكام للآمدي (٤/ ١١٨) وما بعدها، وجمع الجوامع لابن السبكي (٢/ ٣٤٢).

(٤) شرح مختصر الروضة للطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م)، (٢/ ٨).

(٥) وهو قياس مؤلَّف من قضيتين متى سلمتا لزم عنهما لذاتهما قول آخر، أي: قضية أخرى نتيجة لهما. كقولنا: العالم متغيِّر، وكل متغيِّر حادث، فيلزم منه أن العالم حادثٌ. وكما يقال: هذا حكم دلَّ عليه القياس، وكلُّ ما دلَّ عليه القياس فهو حكم شرعيٌّ، فهذا حكم شرعيٌّ. وكما يقال: ما ذكرته معارض بالإجماع، وكلُّ معارض بالإجماع باطل، فما ذكرته باطل. وقِسْ على ذلك. انظر: التحبير شرح التحرير (٨/ ٣٧٤١).

الاستثنائيُّ[٦]، ويدخل فيه أيضًا قياسُ العكس[٧]. ويتأيّد الاعتماد على الأقيسة بأنها طريقٌ إلى العلوم العقلية التي يفزع «العاقل إليها في جرِّ المنافع ودفع المضار»[٨]. على حين يرد الاستدلال بالنظر في الخواص والآثار والنظائر على جهة الإثبات أو النفي، فشراء سكين ببطاقة ائتمان مما يرجح أن يكون القاتل هو صاحب هذه البطاقة إذا وجِدت هذه السكين إلى جوار جثة قتيل أو على صلة به، ودفع المال لقاتلٍ أقرَّ بجريمته دون سببٍ آخر يفيد اشتراك صاحب المال بالتحريض. وكذا فإن حيازة كمِّية كبيرة من المخدرات دليلٌ على الاتجار بها، وضياع المصنوع في يد الصانع دليل إهماله، واستخدام سلاح قاتل دليل التعمُّد، وعدم وجود المتَّهم في مكان الجريمة لحظة وقوعها دليل البراءة منها، ووجود عداوة بين الشاهد والمشهود عليه مظنَّة التحامل وعدم الصدق.

وإذ يعدُّ الآمدي الاستدلال أصلًا سادسًا، فإنه يعرِّفه كذلك بأنه «عبارة عن دليلٍ لا يكون نصًّا ولا إجماعًا ولا قياسًا»[٩]. وينتقل من هذا التعريف إلى التوضيح ببيان بعض أنواعه، فيذكر أن منها: وجود الحكم بوجود السبب وانتفاء المانع، وانتفاء الحكم بفوات الشرط، أو لانتفاء مداركه أو الأدلَّة عليه. ومنها كذلك الاستدلال باللازم على الملزوم، وبالأقيسة المنطقية والشرطية

---

(٦) يكون في الشرطيات، وهو ما يذكر فيه النتيجة أو نقيضها، ففي المتصلات كما يقال: إن كان هذا إنسانًا فهو حيوان، لكنه ليس بحيوانٍ ينتج أنه ليس بإنسان، أو أنه إنسانٌ ينتج أنه حيوانٌ، فاستثناء عين الأول ينتج عين الثاني، واستثناء نقيض الثاني ينتج نقيض المقدم، وعين الثاني لا ينتج عين الأول لاحتمال كونه عامًّا، ولا يلزم من إثبات العام إثبات الخاص كما في المثال المذكور، فإن الحيوان لا يستلزم وجود الإنسان، وكذا نقيض الإنسان لا يستلزم نقيض الحيوان لوجوده في الفرس. وفي المنفصلات: العدد إما زوج أو فرد، لكنه زوج ينتج أنه ليس بفرد، أو فرد ينتج أنه ليس بزوج. ومثاله في الشرعيات: الضبُّ إمَّا حلال أو حرام، لكنه حلال؛ لأنه «أكل على مائدته»، فليس بحرام. انظر: التحبير شرح التحرير (٨/ ٣٧٤١-٣٧٤٢).

(٧) وهو ما يستدلُّ به على نقيض المطلوب، ثم يبطل فيصح المطلوب كقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢]، فإنه استدلَّ على حقيقة القرين بإبطال نقيضه، وهو وجدان الاختلاف فيه. انظر: التحبير شرح التحرير (٨/ ٣٧٤٢).

(٨) العدة في أصول الفقه لأبي يعلي الفراء، دار الكتب العلمية، (٢٠٠٢م)، (٢/ ٢٨٢).

(٩) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/ ١٠٤).

المتصلة والمنفصلة، وكذا الاستدلال باستصحاب الحال. ويتناول ابن السبكي الاستقراء في الاستدلال بالكليّ على الجزئيّ ضمن بحثه للاستدلال الذي يعدُّه أصلًا خامسًا[10]. ويتَّسم الاستدلال على هذا النحو بالعموم حتى يتساوى مع البرهان الذي اختاره الجويني عنوانًا لكتابه المشهور في الأصول، مما يدلُّ على تقديره للاستدلال.

(ب) يعرِّف ابن حزم الاستدلال الذي أراده بديلًا عن القياس بأنه طلب الدليل المستفاد من موافقة النصّ ومخالفته. فقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] دليلٌ على ردِّ شهادة الفساق. وقوله ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فيه دليلٌ على أنها إذا بيعت ولم تؤبر فثمرتها للمبتاع. وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] فيه دليلٌ على منع صور الإيذاء الأخرى.

وبهذا فإن الاستدلال منهجٌ أعمُّ من القياس الذي يقوم على ربط فرعٍ جزئيٍّ بأصلٍ جزئيٍّ للتشابه بينهما. أما الاستدلال فيعتمد الاستناد إلى قاعدة كليَّة أو مبدأ عامٍّ مما أكَّدته النصوص على نحو مباشر، أو جرى استنباطه من جزئياتها.

ويعرِّف ابن القيم الاستدلالَ تعريفًا أوضحَ في تحديد معناه بقوله: «ومَدَارُ الاستدلال جميعه على التسوية بين المتماثلين والفرق بين المختلفين؛ فإنه إما استدلال بمعينٍ على معين، أو بمعينٍ على عام، أو بعامٍّ على عام، أو بعامٍّ على معين، فهذه الأربعة هي مَجَامِعُ ضروب الاستدلال، فالاستدلال بالمعين على المعين هو الاستدلال بالملزوم على لازمه؛ فكلُّ ملزوم دليلٌ على لازمه. فإن كان التلازم من الجانبين، كان كلٌّ منهما دليلًا على الآخر، ومدلولًا له. وهذا النوع ثلاثة أقسام:

أحدها: الاستدلال بالمؤثر على الأثر.

الثاني: الاستدلال بالأثر على المؤثر.

الثالث: الاستدلال بأحد الأثرين على الآخر... وقياس الفرق هو

---

(١٠) جمع الجوامع لابن السبكي، طبعة الحلبي، (١٩٣٧م)، (٢/٣٤٢) وما بعدها.

استدلالٌ بانتفاء أحد الأثرين على انتفاء الآخر، أو بانتفاء اللازم على انتفاء ملزومه»[11].

وفائدة هذا المنهج استفراغ طاقات النصّ ودلالاته ومعانيه، وتوسيع مجالات عمله للاستغناء به عن القياس عند أهل الظاهر، أو لإعماله هو الآخر في وجوه الاستصلاح المختلفة بشرط «ألَّا يصدَّ عنها أصل من الأصول الثلاثة: الكتاب والسُّنة والإجماع»[12]، أو بإعمال المصالح والمعاني التي شهدت لها النصوص بالاعتبار.

(ج) أما الجويني الذي كان من أكثر الأصوليين اهتمامًا بالاستدلال، فقد عقد له فصلًا كاملًا، ليطلق هذا المنهج على إعمال المصالح والمعاني المعقولة التي لا تتعارض مع النصوص عند مالك، سواء شهدت لها النصوص بالاعتبار أو لم تشهد، على حين ينسب إطلاق الاستدلال على إعمال المعاني، بشرط شهادة النصوص لها بالاعتبار إلى أبي حنيفة والشافعي، وقد عرَّفه بأنه: «معنى مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه»[13].

وقد أوضح تلميذه الغزالي هذا المعنى المناسب بأنه المعنى المطَّرد في أحكام الشرع والذي لا يتناقض اعتباره مع النصوص المقطوع بها[14]. وإنما ردَّه أولئك الذين يرفضون الاجتهاد حينما لا يكون هناك أصلٌ يقيسون عليه، وهذا الذي ينبغي أن يُنسب إلى الشافعي. وهذا المعنى المناسب للحكم فيما يقتضيه الفكر العقلي مما يقترب من المصالح المعتبرة في الشرع، أو المبادئ والقواعد الكليَّة التي أوضح الشاطبي عدم منافاتها للعقول[15]، وأن: «قَصْد الشارع ضبطُ الخلقِ إلى القواعد العامَّة»[16]، والمبادئ الكليَّة؛ ولذا فإن تحريم

---

(11) إعلام الموقعين لابن القيم (٢/ ٢٤٩).

(12) البرهان للجويني (٢/ ١١١٤).

(13) نفسه (٢/ ١١١٣).

(14) المنخول من تعليقات الأصول للغزالي، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثالثة، (١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م)، ص٣٦٤.

(15) الموافقات للشاطبي (٣/ ١٥).

(16) نفسه (٣/ ٢٦٥).

ضرب الوالدين من الاستدلال داخلٌ في النهي عن التأفيف الوارد في النصِّ، دون حاجةٍ لإجراء قياسٍ يؤدي إليه، أو بحثٍ عن علَّة جامعة بينهما. والمعنى الذي جاء به النصُّ هو تحريم الإيذاء. ويستدلُّ الجويني لصحَّة الاستدلال بأن الصحابة لم يكن يُعهد منهم عند تصدِّيهم للفتوى أن يبدؤوا بتمهيد الأصل واستثارة المعنى الذي ينشئون حكمهم عليه؛ «ولكنهم يخوضون في وجوه الرأي من غير التفاتٍ إلى الأصول»[17].

ويستدلُّ كذلك باتساع «باب الاجتهاد؛ فإن المنصوصات ومعانيها المعزوَّة إليها لا تقع من متَّسع الشريعة غُرفةً من بحر... وهذا إذا صادف تقريرًا لم يُبقِ لمنكري الاستدلال مضطربًا»[18]. وبهذا فإن إعمال المعاني العامَّة المستنبطة من النصوص بإطلاقٍ (عند مالك) أو تقييدٍ (عند أبي حنيفة والشافعي) هو المقصودُ بالاستدلال في تحليل الجويني.

(د) وقد عرَّفه الجصاص بأنه الاستدلال بالأصول[19]. وقد يفيد مثل هذا التعريف في استثمار الأصول المتفق عليه في المذهب الخاصِّ. وقد لا يختلف تعريف القرافي عن ذلك، وإن تضمَّن الالتفات إلى معنًى دقيقٍ يجدر التنبيه عليه، وهو أن الاستدلال يتميَّز عن الأدلَّة المنصوبة ويستقلُّ عنها؛ إذ يعرِّفه بأنه: «الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي، من جهة القواعد، لا من جهة الأدلَّة المنصوبة»[20].

وبهذا يمثِّل الاستدلال للفقيه والقاضي أداةً للعمل العقلي الواسع، والنظر المنطقي الذي يتجه إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأصول والمبادئ الكليَّة للشريعة، بما يشمل كذلك الاستناد إلى قواعد المذهب المتَّبع.

ويختلف الاستدلال عن القياس اختلافًا بيِّنًا؛ إذ القياس إلحاقُ فرعٍ جزئيٍّ بأصلٍ جزئيٍّ، على حين أن الاستدلال إلحاقُ فرعٍ جزئيٍّ بأصلٍ كليٍّ أو بقاعدة

---

(١٧) البرهان (٢/ ١١١٧).

(١٨) نفسه (٢/ ١١١٧).

(١٩) الفصول في الأصول (٤/ ٢١٧).

(٢٠) شرح تنقيح الفصول، ص٤٠٥ وما بعدها.

عامَّة منصوصٍ عليها أو مستقرأة من جزئيات النصوص الشرعية. وهو في هذا أشبه بالاستحسان الذي أقامه الأحناف والمالكية في بداية تطوُّر مذهبيهما؛ ولهذا لم يكن غريبًا أن يقبله أتباع هذين المذهبين. أما الشافعية والحنابلة فقد بدا أن عليهما القيام بجهدٍ كبير لإعادة تفسير مذهب الشافعي الذي نصَّ بوضوح على أن الاجتهاد هو القياس. وقد تولَّى الجويني - تحت ضغط الحاجة العملية - عبء إخراج المذهب الشافعي من تلك الدائرة الضيِّقة للمصادر الرباعية إلى سَعة الاستدلال، واضطر هو والغزالي بعده إلى القول بأن الشافعي لم يرفضه.

والملاحظة الأخيرة أن جمهور الأصوليين قبلوا هذا الدليل الذي يرتدُّ إليه إعمال المصالح والعرف وسدّ الذرائع والاستصحاب، بما يحقِّق التناسق في عمل هذه الأدلَّة، على حين أخرجه الكاتبون المحدثون في الأصول من دائرة اهتماماتهم، رغم الطاقات الكبيرة والحيوية التي يتضمَّنها لتحقيق التجديد الأصولي والفقهي في العصر الحاضر.

ويلزم القول هنا بأن على الدرس الأصولي أن يستعيد إبراز منهجيَّة الاستدلال الفقهي التي تقترب على مستوى الاستدلال التفسيري من منهجيَّة الاستدلال القانوني (مدرسة التفسير العلمي الحر). وتعني هذه المنهجيَّة استنباط حكم فرعٍ معين أو حالة جزئية من مجموع المبادئ التي اتجهت إليها النصوص. من ذلك أن حرية التعاقد التي كفلتها الآية الأولى من سورة المائدة، وآيات إيجاب الوفاء بالعهد والوعد واشتراط الرضا بين المتعاقدين، مما يمكن أن يكون أساسًا لحلِّ الشروط المقترنة بالعقد، مما أكَّدته السُّنة أيضًا.

وهو ما يصلح أن يكون أساسًا كذلك لحكم المحكمة الدستورية الشهير الذي ألغى تجريم الاتفاق على مقدم الإيجار بما يزيد عن أجرة عامَيْن، مشيرًا بعباراتٍ بليغة إلى أن النصوص المعيبة دستوريًّا قد خالفت مبدأ حرية التعاقد الذي أكَّدته الدساتير المتحضِّرة، وأن هذه النصوص المعيبة قد أكَّدت مصالح المستأجرين وحدهم وألهمت نفوسهم فجورها، مما أخلَّ كذلك بالعدالة في توزيع التزامات المتعاقدين.

ويمكن أن يكون الاستدلال هو المنهج الممكن الاعتماد عليه في استخلاص نظرية تشريعية عامَّة من النصوص، مثل نظريتي التفليس والحجر

اللتين استخلصهما الفقهاء من نصوص القرآن (آية البقرة: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾، وآية النساء: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾)، وتطبيقات السُّنة (قضية معاذ على سبيل المثال). وقد اتسع الاتجاه إلى التنظير الفقهي في العصر الحديث على يد أساتذة مدرسة الحقوق الخديوية في مصر والمبعوثين من المصريين والعرب ممَّن تتلمذوا على يد إدوارد لامبير، مما نراه - على سبيل المثال - في رسالة محمود فتحي عن التعسُّف في استعمال الحق، ونظرية الخلافة للسنهوري. وإنما انبنت هذه النظريات بالدرجة الأولى على أساس الاستدلال.

وتنبني نظرية بطلان العقد لاستغلال طيش أحد العاقدين أو رعونته، طبقًا لما تضمَّنته المادة (١٢٩) مدني مصري، على النصوص الموجبة للعدالة في توزيع التزامات طرفي العقد، وتلك التي تحرِّم الغبن والغشَّ والإكراه. ومثل ذلك نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي انبنت على النصوص الموجبة لإنشاء الالتزامات والشروط على أساس إطلاق رضا المتعاقدين وحرية إرادتهما في تحديد التزاماتهما والمستفيد منها.

وقد تنبني الفروع على الأصول العامَّة؛ إذ يتضمَّن الحق في إجازة التصرفات الموقوفة لمن يملكه أن يستبدَّ المالك بهذه الإجازة في تعاقدات الفضولي، والولي أو الوصي في تصرفات ناقص الأهليَّة، أو ناقص الأهليَّة عقب كمال أهليته، والمُكرَه بعد زوال إكراهه. وينبني على تقييد تصرفات الحاكم بالمصلحة بطلان قراراته التي لا مصلحة فيها، والحق في الاعتراض عليها بالوسائل المشروعة.

ويختلف الاستدلال بهذا عن القياس؛ إذ يعمل الأول في اتجاهاتٍ تتنوَّع من الجزئي إلى العام (استخلاص النظريات)، ومن العام إلى الجزئي (تطبيق النظريات على الفروع المندرجة تحتها)، على حين يعمل القياس في الانتقال من الجزئي إلى نظيره للمشابهة بينهما، وهو بهذا «لا يتجه من خاصٍّ إلى عامٍّ، وإنما من خاصٍّ إلى خاصٍّ مماثلٍ له، أي إن كلًّا من المقيس والمقيس عليه يكون مسألة جزئية، وليس مبدأ عامًّا»[٢١].

---

(٢١) محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، أروقة للدراسات والنشر، الأردن، (٢٠١٥م)، ص٣١٨.

ويؤدي الاستغناء بالقياس عن «الاستدلال» إلى إفقار التفكير الفقهي والعمل القضائي، وغموض هذا التفكير، كما يؤدي عدم وضوح الفرق بينهما إلى اضطرابٍ كبير. لقد روَّج الظاهرية للاستدلال لينكروا حجيَّة القياس، كما أن الإمامية استحسنوا العمل بالاستدلال تحت عنوان «العقل»، وإن قصروه على الأوَّليات التي يتفق عليها العقلاء والأُمم، حتى غير المتحضِّرة، مثل حسن النظام وقبح الفوضى[22]. ويوجب هذا التحليل اتخاذ موقف نقديٍّ من حصر الشافعي في رسالته مصادر الأحكام وأدلتها في الأصول الأربعة.

والذي نخلص إليه من كل ذلك أن أنواع الاستدلال كثيرةٌ لا يمكن حصرها في هذا الحيِّز، وأنه يعتمد على الأدوات المنطقية والعقلية التي أضفت التجانس والنظام على التفكير والتأليف الفقهي. ومن جهة أخرى، فإن للاستدلال فوائدَ جمَّةً على مستويات النظر الفقهي والعمل القضائي ودفع التهمة من بدء جمع الأدلَّة إلى إصدار الحكم، مما يجدر الالتفات إلى أهميته وبحثه بحثًا مستقلًا.

(٣) الاستدلال القانوني (Legal Reasoning):

يستند التفكير القانوني - سواء في جانبه الفقهي أو التشريعي أو القضائي - إلى العقل والمنطق في الانتقال من المقدمات إلى النتائج، تعبيرًا عن مصالح الأفراد والمجتمع. وقد يصعب إخضاع القوانين المستوردة إلى عملية الاستدلال المنطقي بحكم عدم اتساقها مع مصالح المجتمع المنقولة إليه.

وليس من حقِّ القاضي أن يستند إلى مجرَّد اطمئنانه القلبي، وإنما عليه أن يزن المقدمات المتاحة أمامه بكل صدقٍ وموضوعية، ليخلص منها إلى الحكم بنتيجتها. ولا عليه بعد ذلك أن يصيب أو يخطئ إذا استفرغ وسعه وجهده. وهذا هو ما نطق به رسول الله ﷺ في قوله: «إنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحنَ بحجَّته فأقضي له، فمن قضيت له بحقِّ أخيه فلا يأخذ منه شيئًا...».

وإذ ينبني الاستدلال على النظر والبرهنة والحجاج العقلي، فإنه لا يخرج

---

(٢٢) محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، بيروت، (١٩٦٣م)، ص٢٨٥.

في معناه القانوني - مثلما هو الحال في تعريفه الفقهي - عن طلب الدليل أو إقامته أو تقريره لإثبات المدلول[٢٣].

ويُفهم مما تقدَّم أن المستدلَّ هو الطالبُ للدلالة، وأن المستدلَّ له هو الحكم، وأن المستدلَّ عليه هو الخصم المقهور بالدلالة والحجَّة[٢٤].

ويعني الاستدلال القانوني هذا النشاط الفكري للانتقال من المقدمات إلى نتائجها، أو هو الصنعة القانونية بتعبير ماكس فيبر، وهي هذه العملية الفكرية التي تظهر ابتداءً من جمع الأدلَّة، مرورًا بالترافع، وانتهاءً بالحكم. ويتنوَّع الاستدلال في القانون هو الآخر إلى أن يكون برهانيًّا ملزمًا أو جدليًّا أو خطابيًّا إقناعيًّا يحتاج معه رجل القانون إلى تعلُّم المنطق وأساليب الجدل.

---

(٢٣) مقاليد العلوم في الحدود والرسوم للسيوطي، تحقيق: محمد إبراهيم عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، (٢٠٠٤م)، ص٣٤؛ والكافية في الجدل للجويني، دار الكتب العلمية (١٩٩٩م)، (١/ ٣٣).

(٢٤) اللمع في أصول الفقه للشيرازي، دار الكتب العلمية، (١٩٨٥)، ص٥.

المصدر الثاني: القياس

(١) تقديم:

يعتبر ابن خلدون النظرَ في القياس من أعظم قواعد علم أصول الفقه، لتولُّد أحكام العديد من الفروع من الأصل الواحد بمنهجه[٢٥]. ويعدُّه لويد وينرب (Lloyd L. Weinreb) محورَ النظر القانوني الكاشف عن مفاهيم القانون الأساسية والمبادئ التي يقوم عليها، تأكيدًا لحكم القانون وتطبيقه، وتيسير تعليمه.

ومن الخطأ افتراض إمكان الاستغناء عنه في تأكيد حكم القانون بأيٍّ من وسائل الاستنباط والاستدلال الأخرى[٢٦]. وتفرض هذه الأهمية تتبُّع تاريخ القياس وتطوُّره في التفكير الأصولي بالدقَّة الواجبة.

وتجدر الإشارة إلى الدور الذي يقوم به القياس في التفكير الإنساني بوجه العموم وفي العونِ الذي يقدِّمه في التراكم المعرفي. ويؤكِّد يوسف بريستلي العالم في الكيمياء والكهرباء أن القياس مرشدنا الأفضلُ إلى البحث؛ فإن كلَّ الاكتشافات التي حدثت كانت بفضلٍ منه. ورغم ما قد ينطوي عليه ذلك من مبالغة، فلا شكَّ أن القياس هو المنهج الذي يدين له التفكير الفلسفي والعلمي والفقهي والقانوني بكثيرٍ من الفضل، بل تفيد بعض الدلالات اهتداءَ عددٍ من الحيوانات به في سلوكها العملي.

---

(٢٥) مقدمة ابن خلدون (١/ ٨١٥).

(٢٦) LLOYDL. WEINREB, 2005, Legal Reason, THE USE OF ANALOGY IN LEGAL ARGUMENT, Harvard Law School, pp. ii ff.

وقد يدلُّ على تنوُّع مجالات إعماله من حيث القوة والشكل اعتمادُه - على سبيل المثال - في الاستدلال على وجود حياةٍ في كوكبٍ آخر من كواكب المجموعة الشمسيَّة بالقياس على وجودها في الأرض[٢٧]. ويشي هذا المثال ذاته بما قد يعتري الاستدلال القياسي من ضعف؛ إذ قد تختلف الظروف المناسبة للحياة في كوكب الأرض عن ظروف الكواكب الأخرى.

ويتخذ القياس في جوهره التسوية بين متماثلين بالبناء على الشبه بينهما. ولذا تزداد بوجه العموم قوةُ القياس في إثبات التسوية كلما زاد الشبه في المعاني المؤثرة، كما أن القياس يضعف في هذا الإثبات كلما اتسع الاختلاف. وقد احتاج ضبط العمل به إلى تحديد مجالاته للتفريق بين الأقيسة الفلسفية والعلمية والمنطقية والفقهية أو القانونية (Legal Analogy).

وإنما عُني الأصوليون بالنوع الأخير من القياس الذي شكَّل التفكير الفقهي والقضائي والقانوني في النظام الإسلامي، وهو ما عليه الحال كذلك في القانون الأنجلو-أمريكي الذي قد نقارن به القياس الأصولي كلما دعت الحاجة إلى هذه المقارنة لزيادة التوضيح. ولا يختلف النظامان في التعريف بالقياس وتحديد أركانه، وإن اختلفا في تحديد سياقات توظيفه؛ إذ يستغرق الأصوليون بالجملة في البحث النظري للقياس، وأركانه وشروطه وحجيته وأنواعه، على حين يتجه فلاسفة القانون الأنجلو-أمريكي إلى بذل المزيد من الجهد في توضيح الوظائف العملية للقياس، وعلى الأخص في ربطه بالسوابق القضائية (precedents).

ويتميَّز الدليل القياسي عن غيره من أوجه الاستدلال الأخرى ببساطة تركيبه، حيث يتألَّف من عنصرين: **أحدهما** أصل واضح في إدراك حكمه، **والآخر** فرع يشبه الأصل في المعنى الذي قام عليه الحكم، فيتعدَّى الحكم إلى هذا الفرع.

وهو بهذا منهج لنقل حكم الأصل إلى غيره بناءً على التشابه والتماثل،

---

(٢٧) Encyclopedia of Philosophy, Analogy and Analogical Reasoning, First published June 2013 and Revised Jan2019.

ولا يحتاج إلى بذل مجهودٍ أكبر من البحث للفرع عن أصلٍ يشبهه ليأخذ حكمه. ولعلَّ هذا هو ما يسَّر لهذا المنهج الظهور بوضوحٍ قبل غيره من الاستدلال والاستحسان اللذين احتاجا إلى جهدٍ أكبر لبلورتهما وتحديد شكل العمل بهما.

لقد بدأ الشافعي تنظيم دليل القياس في أواخر القرن الثاني، وذلك بعد جريان العمل به فترة طويلة قبله، على حين قام الشاشي والكرخي والبزدوي والسرخسي بتحديد هيكل الاستحسان في القرنين الرابع والخامس. وتظهر العناية بالاستدلال في القرن الخامس على يد كلٍّ من الفقيه الظاهري الأندلسي ابن حزم، والفقيه الشافعي الجويني. وعلينا إن أردنا توضيح القياس أن نميِّز وظيفته عمَّا يقوم به غيره.

(٢) تعريف القياس:

القياس في اللغة التقدير والمساواة؛ فقست الثوب بالذراع إذا قدَّرته به. وتقول: علم فلان لا يُقاس بعلم فلان آخر، أي لا يُقدَّر به، ولا يساويه. وفي الاصطلاح الأصولي: إلحاقُ فرعٍ لم يرد فيه نصٌّ على حكمه بأصلٍ منصوصٍ عليه لاشتراكهما في علَّة الحكم. واختار جمهور الأصوليين تعريف القاضي أبي بكر الباقلاني للقياس بأنه: «حملُ معلومٍ على معلومٍ في إثبات حكمٍ لهما أو نفيه عنهما بأمر جامعٍ بينهما»[٢٨]. ولا يخرج عن هذا تعريف عبد الوهاب خلاف له بأنه: «إلحاقُ واقعة لا نصَّ على حكمها بواقعة ورد نصٌّ على حكمها في الحكم الذي ورد به النصُّ، لتساوي الواقعتين في علَّة الحكم»[٢٩].

وبهذا فإن القياس من فعل المجتهد، طبقًا لهذه التعريفات؛ من ذلك أنه إذا جاز التطليق فيما نصَّ عليه المرسوم المصري عام (١٩٢٩م) للإيذاء البدني بالضرب، فإنه يحمل عليه الحق في التطليق لإصابة الزوج بمرض الإيدز،

---

(٢٨) المحصول في علم الأصول الرازي، مؤسسة الرسالة، بيروت (١٩٩٢م)، (٥/٥)؛ وتيسير التحرير لأمير بادشاه (٣/٢٦٩).

(٢٩) خلاف، علم أصول الفقه، ص٥٢.

بجامع الإيذاء والضرر في الحال المنصوص عليها والأخرى التي لم ينص المرسوم عليها.

وكذا فإن إيجاب نفقة الزوجة على الزوج في الإطعام والملبس والمسكن مما قد يحمل عليه ما يخصُّ التداوي مما أخذ به قانون الأسرة المصري عام (١٩٨٥م)، بحكم التحاق التداوي بالضروريات في العصر الحديث. وقد تلتحق البصمة في إفادة غلبة الظنِّ بالشهادة لبناء الحكم عليها؛ لاشتراكهما في تحصيل التثبُّت وتبيُّن وجه الحق في الدعاوى والشكاوى، مما يعلم بالتجربة والمشاهدة. ويشبهه تحليل (D.N.A) وسائر اختبارات الطب الشرعي التي ثبت صدقها بالتجربة في الكشف عن حقيقة الاتهامات والدعاوى، مما استخدمته المحاكم الشرعية الجنائية في مصر في بدايات القرن التاسع عشر.

وتُلحق جريمة هتك العرض التي تعني العدوان على العرض بكشف العورة أو ملامستها، حسبما جاء في المادة (٢٦٨) من القانون الجنائي المصري (١٩٣٧م)، على الاغتصاب الذي يختَصُّ بالمواقعة. وإنما يفيد هذا الإلحاق الاشتراك في كلٍّ من التجريم وترتيب العقاب، وينحصر الخلاف بين الاغتصاب وهتكِ العرض في جسامة العقوبة.

ولستُ هنا في مقام التأصيل لاستخدام القياس في القانون، وإن وجبت الإشارة إلى أن أيَّ نظام تشريعيٍّ مهما بلغت درجة الدقَّة في صياغته لا غنى له عن القياس، والاستدلال والاستصلاح، بحكم تناهي النصوص وتوالد الوقائع والنوازل غير المتناهية، على ما هو معلوم مما أوضحه الشهرستاني، ونبيِّن ذلك بالأمثلة التالية:

- الخمر محرَّمة بنصوص القرآن والسُّنة والإجماع لعلَّةٍ هي الإسكار. غير أن موادَّ كثيرةً قد تستحدث وتؤثر تأثير الخمر، فيجب للحفاظ على مقصود الشرع في منع تغييب العقل أن يقاس حكم هذه المواد المستحدثة على حكم تحريم الخمر. وبهذا فإن تحريم الخمر أصل ومقيس عليه، وهذه المواد المستحدثة فروع مقيسة، والحكم هو الحرمة المشتركة، والعلَّة هي الإسكار، وأودُّ أن أضيف هنا أن التضليل الإعلامي الذي يغيب عقل المجتمع وقدرته على التفكير مما لا يبعد أن يلتحق بهذا الحكم، تحريمًا وتجريمًا.

- من ذلك أيضًا أن الشارع قد حرَّم الجمع بين الأختين بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]، وأضافت السُّنة إلى ذلك تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، أو عمتها، مبيِّنة العلَّة في ذلك التحريم، وهو ما يؤدي إليه الجمع من قطع صلة الرحم، فيقاس على ذلك تحريم الجمع بين المرأة وبنت أخيها، أو بنت أختها، لأدائه إلى قطع صلة الرحم كذلك.

- ومنه أيضًا الحكم الثابت بالسُّنة في تحريم البيع على البيع والخطبة على الخطبة، منعًا من التباغض والتناحر، فيقاس عليه تحريم الإجارة على الإجارة، والمزارعة على المزارعة، والمضاربة على المضاربة، وما إلى ذلك من صور التعامل الموجبة لإشاعة النفرة والتباغض في المجتمع. ولا يبعد أن يقاس عليه الحكم في ترخيص السلعة قصدًا إلى تفليس المنافس وإخراجه من السوق، وكذا القصد إلى سياسات التغريق بالسلع والاحتكار.

- ومنه كذلك في القانون المدني المصري أن المادة (١٦٤-١٦٥) تنصُّ في المسؤولية عن فعل الصغير الضار بالغير على حقِّ الأب أو الجد أن يتخلَّص من هذه المسؤولية إذا أثبت قيامه بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان واقعًا لا محالة حتى لو قام بهذا الواجب. وإذ لا نصَّ على فعل المجنون وسائر من تثبت الولاية عليهم من ناقصي الأهليَّة أو فاقديها، فإن للولي بالقياس على ذلك أن يتخلَّص من المسؤولية عن الفعل الضار الذي قام به هؤلاء إذا أثبت أداءه لواجبه في الرقابة أو أن الضرر كان لا بدَّ واقعًا مع القيام بهذا الواجب.

- ومنه كذلك أن القانون الجنائي المصري اعتبر مواقعة الصغيرة - ولو برضاها - اغتصابًا. فيلتحق بها عن طريق القياس مواقعة المجنونة أو المعتوهة، ويشتركان في الحكم للاشتراك في العلَّة، وهي فَقْد الإدراك والتمييز.

- مَنْ فاجأ زوجته وهي متلبِّسة بالزنا فقتلها وشريكها يعاقب بالحبس (أي عقوبة الجنحة)، ولو ضربها ضربًا أحدث بها عاهةً يعاقب عقوبة الجنحة قياسًا على ذلك من باب أَوْلَى.

- وفي المادة (٧٠٠) مدني أنه ليس للمودع (بفتح الدال) أن يستعمل

الوديعة إلا بإذن المودِع، فيقاس عليه ألَّا حقَّ له في رهنها أو إقراضها كذلك، حفظًا لحقوق المودع (بكسر الدال).

- قياس تضمين منافع اليتيم أو منفعة أمواله أو منفعة الوقف أو منفعة الأموال المعدَّة للاستغلال أن تضمن منافع الأموال مطلقًا. لكن لا يجوز القياس فيما لا تُدرك علَّته. فقد حدَّد القانون مثلًا سنَّ الرشد بإحدى وعشرين سنةً، فلا يجوز قياس سنِّ الترشُّح للمجالس النيابية على ذلك.

ويختلف القياس الأصولي عن القياس المنطقي الخاص بتركيب مقدمتين تحصل منهما نتيجة، مثل: القتل بالمثقل - كالعصا الغليظة - عمد وعدوان، وكل قتل عمد وعدوان يوجب القصاص؛ فالقتل بالمثقل يوجب القصاص. وإذ يخالف الأحناف في المقدمة الثانية، فإنهم لا يسلمون بالنتيجة[٣٠].

ويلزم التأكيد على أن قياس النظير على نظيره للشبه بينهما هو منهجيَّة تختلف عن منهجيَّة الاستدلال الذي يدور على التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين، للاتجاه من العامِّ إلى الخاصِّ أو من الخاصِّ إلى العامِّ كما تقدَّم، فيما يشبه ما يطلق البعض عليه مصطلح «القياس القانوني» (Legal Analogy) الذي تقدَّمت أمثلته من نصوص القانونين المدني والجنائي.

(٣) القياس الأصولي والقياس المنطقي:

يختلف القياس الأصولي أو الفقهي عن القياس المنطقي أو الأرسطي على الرغم من تشابههما في الأساس والهدف، بالاعتماد على المعلوم لاستنباط أمر مجهول. وتتمثَّل أهم أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي:

(أ) **من حيث الشكل**: يتألَّف القياس المنطقي من مقدمتين تسلمان إلى

---

(٣٠) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب أحمد بن حنبل لابن قدامة الحنبلي، تحقيق: الدكتور عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، الطبعة الثانية (١٣٩٩هـ)، ص٣٣٥.

النتيجة، كالقول: كلُّ إنسانٍ حيوانٌ، وكلُّ حيوان فانٍ، إذن فكلُّ إنسان فانٍ. ويتجه النقد إلى هذا القياس بأن النتيجة متضمنة في المقدمتين كما لا يخفى.

أما القياس الأصولي فيتألَّف من مقدمة واحدة تتضمَّن حكمًا مستمدًّا من نصٍّ أو إجماع، أو مبنيًّا عليهما، وهو الأصل، لاستنباط حكم فرعٍ مستقلٍّ عن هذا الأصل. فوجوب الضمان بالإهمال لرفع الضرر يقاس عليه وجوبه بالتعمُّد والرعونة للعلَّة ذاتها، وهي دفع الضرر.

(ب) **يتألَّف القياس المنطقي من ثلاثة حدود**: الأصغر، وهو في المثال السابق: إنسان، وأوسط: حيوان، وأكبر: فان. أما القياس الأصولي فيتألَّف من أربعة أركان، وهي: الأصل والفرع والحكم والعلَّة. وقد تطور تأليف القياس الأصولي على هذا النحو لأسبابٍ خاصَّة به؛ إذ لم يوجد النظر الأصولي في التعليل إلا في مرحلة متأخِّرة عن ظهور القياس طبقًا لتحليلٍ بارعٍ من ابن حزم على ما سيأتي.

(ج) **يختلف القياسان الأصولي والمنطقي في الأسس التي يقومان عليها**؛ فالقياس المنطقي أساسه لغويٌّ، حتى إن المقدمات الكليَّة الموجبة تنتج قضية كليَّة موجبة، أما إذا تطرقت الجزئية أو السلبية إلى المقدمات فإنها تظهر في النتيجة. أما القياس الأصولي فأُسسه إدراك التشابه والاستقراء الذي يظهر في تحديد العلَّة عند عدم النصِّ عليها بالسَّبْرِ والتقسيم والطرد والعكس. وهذا الخلاف الجوهري هو الذي يلحق القياس الأصولي بالأساليب المنهجية العلمية، ويضع القياس الأرسطي في إطاره الآلي. وهذا الاختلاف بين القياسين الأصولي واليوناني هو السبب في هذا الهجوم الذي شنَّه كثير من الفقهاء - من أمثال ابن الصلاح وابن تيمية وابن القيم - على القياس المنطقي.

(د) **للقياس الفقهي وظائفُ عديدة**؛ إذ يعمل على تفسير النصِّ بالعكوف على مضمونه لاستخلاص علَّة الحكم، والمصلحة المرتبطة بها، لتعدية الحكم إلى فروعٍ أخرى. وتحدِّد هذه الوظيفة الأساسية مجال عمل النصِّ، ونطاقه ومقصودِ الشارع منه، حيث يجب إدراك حدود النصِّ فيما يتعلَّق بالمنصوص

عليه وبالفروع التي تلتحق به جميعها. وبهذا يفسِّر القياس مقصدَ الشارع من شرع الحكم. وهو ما أظهرته بعض الدراسات القانونية المعاصرة[٣١].

ويقوم القياس بوظيفة أساسية أخرى، وهي الوظيفة الاستنباطية، باعتباره وسيلةً من وسائل استنباط الحكم الشرعي. ولا يصحُّ اعتباره مصدرًا للتشريع، حتى يتساوى مع نصوص الشارع والإجماع، كما لا تصحُّ التسوية بينه وبين منهج مدرسة التفسير العلمي الحر التي تنظر إلى القياس على أنه في الوسط بين التفسير المجرَّد وخلق القانون أو استنباطه[٣٢]. والحقُّ أن القياس الأصولي منهجٌ يوفِّر كلًّا من تفسير النصِّ واستنباط الحكم منه. ولعلَّ هذه الطبيعة المزدوجة هي التي تفسِّر مسلك الغزالي في تناول القياس في «المستصفى» في غير الربع المخصَّص لمصادر الأحكام، وإنما تناوله ضمن مباحث الفن الثالث الخاص بكيفيات استثمار الأحكام من الألفاظ[٣٣]، وهو ما تابعه فيه بعض المحققين في العصر الحديث، من بينهم أستاذنا علي حسب الله في كتابه «أصول التشريع».

(٤) تطوُّر القياس:

تقدَّم أن القياس منهج فطريٌّ، يستخدمه الناس في حياتهم اليومية، وهو ما يشير إليه ابن القيم أيضًا[٣٤]. يرجع ذلك إلى بساطة تكوينه ويُسْرِ استخدامه. ولذا لجأ إليه الصحابة في عملهم، واتفقوا عليه. وهذ هو معنى قول بعض الأصوليين: «الأصل في القياس هم الصحابة، والمنقول عن الصحابة النظر إلى المصالح والعلل المعنوية»[٣٥]. ويستدلُّ كثير من الأصوليين على حجيَّة القياس

---

(٣١) منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، دار النهضة العربية بالقاهرة، (١٩٧٢م)، ص٣٠٣.

(٣٢) عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، (٢٠٠٩م)، ص١٤٣ وما بعدها.

(٣٣) المستصفى (٢/٢٢٨).

(٣٤) إعلام الموقعين لابن القيم، طبعة دار الحديث، القاهرة، (بدون تاريخ)، (١/١١١).

(٣٥) قواطع الأدلة في الأصول لأبي المظفر السمعاني، دار الكتب العلمية (١٩٩٩م)، (٢/١٦٨).

بإجماع الصحابة عليه[٣٦]. وعند كثيرين أن عمل الصحابة به ثابتٌ بالتواتر[٣٧]. ويشير ابن القيم في معرض الاستدلال على القياس بالتفصيل إلى اشتمال القرآن على بضعة وأربعين مثلًا، تتضمَّن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما في الحكم[٣٨]. وقد أوضح كذلك اشتمال السُّنة وعمل الصحابة على أمثلة عديدة لإعمال القياس. ومن الأمثلة المثيرة للاهتمام مما أشار إليه قضية المرأة التي وقع عليها ثلاثة رجال في طُهْر واحد، فقضى فيها عليٌّ بالولد للقارع، وبثلث الدية لكلٍّ من الرجلين الآخرين[٣٩]. ويشير هذا الحكم إلى تعقُّد الانتقال من النظام القانوني العرفي السائد قبل الإسلام إلى النظام الجديد، وإيجاد آلية للعدالة، وهي القرعة في هذا المثال لتحقيق هذا الانتقال.

والحاصل أن الصحابة: «مثلوا الوقائع بنظائرها، وشبهوها بأمثالها، وردوا بعضها إلى بعض في أحكامها»، ويمثِّل لذلك بأن النهي عن قضاء القاضي وهو غاضب يشمل الحالات الأخرى المشوِّشة للذهن، «من الهمِّ المزعج والخوف المقلق، والجوع والظمأ الشديدين»[٤٠]. ويزهو ابن القيم بما فصَّله من هذه الحالات التي «لعلك لا تظفر بها في غير هذا الكتاب، ولا بقريبٍ منها»[٤١].

وقد استمرَّ التابعون في إعمال القياس الذي عمل به الصحابة، مع إضافة نوعٍ من الوعي المنهجي الذي بدا في ترديد مصطلحه، وفي إفراد بعض كبار فقهائهم بالثناء للبراعة فيه؛ فهذا إبراهيم النخعي زعيم مدرسة الكوفة في القرن الأول الهجري يشار إليه بحضور بديهته الفقهية في إعمال القياس؛ إذ يقول كبير تلاميذه حمَّاد بن سليمان وأستاذ أبي حنيفة: «ما رأيت أحضر قياسًا من إبراهيم». ولم يتفرَّد حمَّاد بملاحظة القدرة القياسية لإبراهيم؛ إذ كان المشتغلون بالفقه إذا جدَّت لهم مسألة لا يجدون فيها نصًّا يتطلعون «بأبصارهم إلى إبراهيم النخعي».

---

(٣٦) جمع الجوامع لابن السبكي (٢/ ٢٠٨)، والمحصول للرازي (٥/ ٨٥).

(٣٧) التلويح على التوضيح لصدر الشريعة، مكتبة صبيح، (بدون تاريخ)، (٢/ ١١١).

(٣٨) إعلام الموقعين لابن القيم (١/ ١١١).

(٣٩) نفسه (١/ ١٧٦).

(٤٠) نفسه (١/ ١٨٨).

(٤١) نفسه (١/ ١٩٧).

ويلخِّص منهجه بقوله: «ما كل شيء تسأل عنه نحفظه، ولكنَّا نعرف الشيء بالشيء، ونقيس الشيء بالشيء»، وبالإجابة عن السؤال: أكل ما تفتي به الناسَ سمعته؟ فيقول: «لا، ولكن بعضه سمعت، وقستُ ما لم أسمع على ما سمعت». ويوازنون بينه وبين الشعبي على أن الأخير صاحبُ آثار وإبراهيم صاحبُ قياس.

ويمكن القول دون مبالغة بأن سكَّ مصطلح القياس في فترة التابعين كان طفرةً ساعدت على تبلور مناهج الاستنباط الفقهي الأخرى، مثل الاستحسان الذي جرى الكشف عنه بقوةٍ على يد الإمامين أبي حنيفة ومالك الذي اعتبر هذا المنهج الجديد تسعة أعشار العلم على ما سيأتي توضيحه. وقد شُغل هذان الإمامان وتلاميذهما بهذا الاكتشاف المنهجي الأكثر ملاءمةً لحرية الإبداع اللازم لتكوين هذين المذهبين العظيمين، وفي إطار سعي الدولة العباسية لتأسيس نظامها القانوني. وحقَّق هذان الإمامان نجاحًا واضحًا في القيام بمسؤولياتهما فيما يكشف عنه التنظيم القضائي الذي كان على رأسه قاضي القضاة أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة، وما دلَّ عليه لقاء أبي جعفر بمالكٍ، واقتراحه أن يؤلِّف الفقيه مرجعًا قانونيًّا للتطبيق في البلاد.

ولم تواجه الشافعي هذه المسؤوليات العملية، فاتَّجه إلى البحث النقدي للنظر فيما قدَّمه سابقوه، وبدا أن عليه العمل على تنسيق عملهم وتنظيمه. وقد قرَّر الاصطدام بقوةٍ مع هذه الحرية التي يعبِّر عنها الاستحسان، وأراد التقيُّد الكامل بالنصِّ أو القياس عليه. وتمثَّلت خطته الواضحة في أن القرآن أحكم كل شيء، حتى لا تنزل بأحدٍ من أهل دين الله نازلةٌ إلا وفي كتاب الله الدليلُ عليها. وتكفَّلت السُّنة بتوضيح ما دقَّ فهمه، واحتلَّت أخبار الآحاد مكانةً حاسمةً في هذا الإطار. ورغم الحاجة الماسَّة للقياس في هذا الإطار، فلن يكون له دور سوى البناء على ما جاء في النصوص.

ووظيفة القياس بهذا على ما جاء في **«الرسالة»** أن يكون طريقًا للتوصل إلى الحكم ومنهجًا لتفسير النصِّ، لا أصلًا أو مصدرًا لإنشاء الحكم. وهو بهذا طريق لإلحاق الفرع الذي لا نصَّ عليه بما في معناه[٤٢]. وإذا كان يرى أن

---

(٤٢) الرسالة للشافعي، ص٢١٨.

القياس هو الاجتهاد، فإن مقصوده تضييق الاجتهاد لا توسيع القياس[٤٣]. ولا يعدو القياس عنده بوجه العموم أن يكون الفرع في معنى الأصل، «فلا يختلف القياس فيه، وأن يكون الشيء له في الأصول أشباه، فذلك يلحق بأولاها به وأكثرها شبهًا فيه»[٤٤].

وقد اكتسب القياس أهميةً كبرى بفضل هذه الأهمية التي أولاها له الشافعي. يكشف عن ذلك هذه المؤلفات الأصولية المتتابعة في المذاهب المختلفة، في القرنين الثالث والرابع، لنصرة القياس، والردِّ على منكريه. ولم يسلم بهذا الرأي أهل الحديث الذين استفادوا من موقف الشافعي في تأكيد إعمال النصوص؛ إذ يعقد البخاري بابًا في صحيحه بعنوان: «باب ما يذكر من ذمِّ الرأي وتكلُّف القياس»، يصدِّره بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، وقد روى غير البخاري من أصحاب السُّنن والمسانيد أحاديثَ عديدةً توصي باجتناب الرأي والمقاييس، مما شكَّل فيما بعد موقف أهل الظاهر الذي عبَّر عنه الفقيه الأندلسي ابن حزم. وهو ما أثار حفيظة فقيه أندلسيٍّ آخر، هو ابن عبد البر (ت: ٤٦٣هـ)، للدفاع عن القياس في بابٍ مطول، بعنوان: «مختصر في إثبات المقايسة في الفقه»[٤٥].

وأدى تطوُّر النظر المنطقي والمنهجي لدى المسلمين بفضل ارتقاء التعليم والترجمة إلى ظهور منهج الاستدلال، والعكوف عليه؛ لاستفراغ طاقات النصوص، وإضفاء المعقولية على النظر الفقهي. وطبقًا لما تقدَّم، يتجه الاستدلال في مستوياته التفسيرية والاستنباطية والتسبيبية إلى طلب كل ما يصلح أن يكون برهانًا ودليلًا على الحكم الذي أدى إليه اجتهاد المجتهد.

وأدَّى تطوير البحث في مسالك العلَّة، بالإفادة من تطوُّر النظر المنطقي على يد الغزالي في كتابه «شفاء الغليل»، إلى نوعٍ من التلاقي بين القياس

---

(٤٣) في المعتمد لأبي الحسين البصري: «أن الشافعي كان يسمِّي القياس استدلالًا؛ لأنه فحص ونظر، ويسمِّي الاستدلال قياسًا؛ لوجود التعليل فيه»، انظر: البحر المحيط للزركشي (١١/٥).

(٤٤) الرسالة للشافعي، ص٤٧٩.

(٤٥) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر، دار الكتب الحديثة، (بدون تاريخ)، ص٣٢٦ وما بعدها.

والاستدلال ومعقولية عملهما. والفرق أن القياس يعمل في الانتقال من جزئيٍّ إلى جزئيٍّ، على حين يعمل الاستدلال في الانتقال إلى الجزئيِّ من مبدأ كليٍّ أقرته النصوص، أو مستفاد باستقراء منها، مما يستوجب أحيانًا وزن الحكم الناشئ عن القياس بالمبادئ المستدلِّ بها؛ إذ لا يكفي مجرَّد التشابه بين واقعتين لإعطائهما حكمًا واحدًا.

ويجب التنبيه هنا إلى تمايز المنهجين؛ إذ يعمل الاستدلال كذلك في مجال التوصُّل إلى بناء النظريات من المبادئ والقواعد والجزئيات، مما كثر التأليف فيه في العصر الحديث. وسيأتي التفريق بين القياس والاستحسان بالنظر إلى أن القياس إلحاقُ فرعٍ بنظيره لعلَّةٍ تجمعهما، على حين أن الاستحسان - والاستدلال كذلك - إعمالٌ للمبادئ الكليَّة، وإلحاقٌ للجزئيات بالقواعد الشرعيَّة العامَّة، وإن اختصَّ الاستحسان لمجرَّد التمييز بينه وبين الاستدلال بالارتكاز على قاعدة العدالة وما يرتبط بها فيما أجدني أميل إليه.

(٥) حجيَّة القياس:

يستدلُّ جمهور الأصوليين على حجيَّة القياس بأدلَّة عديدة، من بينها ما يلي:

أ - **الآيات الدالَّة على الاتعاظ والاعتبار بما وقع للناس في الماضي جراء تكذيبهم الرسل**، وقياس ما يمكن أن يقع للمخاطبين على ما وقع بالفعل للماضين، للاشتراك بين الفريقين في التكذيب الذي هو علَّة ما حدث، من ذلك قوله تعالى: ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [محمد: ١٠][٤٦].

ب - **الآيات والأحاديث الدالَّة على ربط الأحكام بعللها**، كقوله تعالى: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥]، وقوله ﷺ في التعليل لعدم نجاسة الهرة: «إنها ليست بنجسة، إنها من الطوَّافين عليكم والطوَّافات»؛ إذ بيَّنت الآية أن علَّة بعث الرسل قطعُ الحجَّة على المكذِّبين، كما دلَّ الحديث على أن عدم نجاسة الهرة معلَّلٌ بكثرة وجودها مع

---

(٤٦) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر، ص٣٢٦ وما بعدها.

الناس وكثرة اختلاطها بهم، دون أن تسبِّب لهم أضرارًا، فيما تدلُّ عليه التجربة والمشاهدة. ومنه قوله ﷺ في النهي عن ادخار لحوم الأضاحي لمجاعة كانت حدثت: «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافة، فكلوا وادخروا» أي بعد زوال علَّة النهي عن الادخار، فيعود الحال إلى ما كان عليه من جواز الادخار.

ج - **الإجماع**؛ فقد قاس الصحابة واستنبطوا الأحكام بالقياس. من ذلك قياسهم أحقيَّة أبي بكر في الإمامة العامَّة للمسلمين بعد وفاة الرسول على تقديم الرسول له في إمامتهم للصلاة، وقالوا في ذلك: قد رضيه لديننا أفلا نرضاه لدنيانا. وكذا قاس أبو بكر مانعي الزكاة على تاركي الصلاة في جواز حربهم، ووافقه الصحابة على هذا القياس؛ فكان إجماعًا منهم.

ورغم احتشاد الأصوليين لطرح هذه الأدلَّة وغيرها في الاستدلال على القياس، التي ليست نصًّا في بيان حجيَّة القياس، فإن إعماله يستند فيما هو الأولى إلى ما هو مركوز في الفطرة الإنسانية من أن ما حدث في الماضي سيتكرَّر وقوعه إذا تكرَّرت الظروف التي كانت أنتجته.

وكذا فإننا نشعر بوجوب أن تتماثل «الأحكام الشرعية...؛ لأنه يشتملها حدٌّ واحد، وهو حدُّ الحكم الشرعي، والمتماثلان يجب اشتراكهما فيما يجوز عليهما؛ لأن حكم الشيء حكمُ مثله»(٤٧). ويرشد الشوكاني بعبارته هذه إلى هذا الأساس البالغ الأهمية لإعمال القياس الذي أشار إليه ابن القيم فيما تقدَّم، مما نراه كذلك عند الفقيه جيني، حيث يرى أن أساس العمل بالقياس هو «أننا نشعر في أعماقنا بالحاجة إلى المساواة أمام القانون، ونتيجة لذلك نشعر أن الحالات المتماثلة في الطبيعة يجب أن يكون حكمها واحدًا، أي إن القاعدة التي تحكم حالة معينة يجب أن تُطبَّق على الحالات المتشابهة، مالم تكن هناك أسبابٌ تقتضي استبعاد بعض الحالات المشابهة من حكم هذه القاعدة»(٤٨).

---

(٤٧) إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ١٥٤).

(٤٨) محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، ص٣١٩. وانظر أيضًا وعلى الأخص: ص٥٨٥.

وقد أوضح جيني أن استخلاص حكم الفرع بالقياس يستند إلى أصلٍ منصوصٍ على حكمه في القانون أو العرف، وأن هذا القياس سيحقِّق المساواة التي يسعى إليها القانون إذا نجح في اجتياز اختبارات استيفاء موجبات العدل والمصلحة الاجتماعية(٤٩).

لقد أرهق الأصوليون أنفسهم في سَوق أدلَّة الحجيَّة من خارج المحتج له، وهو القياس، رغم وضوح حجيته الذاتية والوظيفية في النُّظم القانونية المختلفة. لقد خصَّص الغزالي في «**المستصفى**»(٥٠) قريبًا من خمسين صفحةً لإثبات حجيَّة القياس والردِّ على منكريها دون طائلٍ في مجال الدرس الأصولي الخاص ببناء النظام القانوني؛ حيث إن إعمال القياس فيما يفيده الدرس القانوني المقارن مما لا تختلف حوله النُّظُم المختلفة.

ويجب التأكيد على أن لهذه الحجيَّة أهميتها التي ينبغي أن تناقش في محلِّها من الدرس الفلسفي الخاصِّ بمناقشة مناهج التفكير العامَّة وما تثيره هذه المناهج من مشكلات.

ويجب أن أؤكِّد هنا أن حجيَّة القياس مبناها وظيفته التي يحقِّقها في هذه النُّظم. وتتمثَّل هذه الوظيفة في إضفاء التناسق بين الجزئيات والفروع المتنوِّعة، وتحقيق المساواة التي يقوم عليها النظام القانوني، حيث من المفترض أن الحكم على واقعة معينة لا يختلف باختلاف العوامل غير المؤثرة في الحكم.

ويؤدي هذا التماثل والتساوي في أحكام الوقائع المتشابهة إلى زيادة وعي الأشخاص بالأحكام القانونية المترتبة على أفعالهم، وتوقع هذه الأحكام، مما عساه أن يساعد على توفير الانضباط الاجتماعي. ولا غنى لأيِّ نظامٍ قانونيٍّ بهذا عن هذه الوظائف الثلاث المتمثِّلة في كلٍّ من: تناسق أبنية النظام،

---

(٤٩) Albert Tate Jr., Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law (Med'Interpretation et Sources en Droit PrivePositif), (2d ed.) by Frangois GeTranslated into English by the Louisiana State Law Institute, with a critical introduction by Jaro Mayda. West Publishing Co., St. Paul, 1963. Pp. cxviii, 624. $20.00.*, 25 La. L. rev. (1965) Available at: h ps://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol25/iss2/33.

(٥٠) المستصفى للغزالي (٢/ ٢٣٤-٢٧٨).

والتساوي في أحكامه، وتوقع المخاطبين بهذه الأحكام ما سوف يترتب على سلوكهم من نتائج قانونية، مما يساعدهم على ضبط هذا السلوك، وييسِّر إدارة العدالة في المجتمع.

أما بناء حجيَّة القياس على هذه الأدلَّة التي تكرَّرت في المؤلفات الأصولية القديمة والحديثة، فلا تكشف عن طبيعة القياس وتخلطه بالاجتهاد والاستدلال.

ولا يخفى أن القياس أحدُ الأساليب المنهجية التي يعتمد عليها التطبيق في الأنظمة القانونية المختلفة، لتحقيق الوحدة والتجانس. ويرتبط إعماله في القانون الأنجلو-أمريكي بالسوابق القضائية. ويلفت سالموند النظر إلى أهمية القياس في عمل القاضي لإضفاء الوحدة في التفكير القانوني. ولهذا فعلى القاضي أن ينظر في القضايا المشابهة للقضية التي ينظرها للحكم فيها بما يماثل سابقاتها. وبهذا تفتقر السابقة إلى القياس لنقل حكمها والمبادئ التي أرستها إلى الوقائع المشابهة لها.

والسابقة حكم قضائيٌّ ذات حجيَّة عمليَّة خاصَّة في تحديد القانون الذي تلتزم به المحاكم. من ذلك أن قضية (Donoghue v. Stevenson) (١٩٣٢م) قد تعلَّقت بمسؤولية الصانع للمشروبات تجاه المستهلك الذي أصابه المرض بعد شربه محتوى زجاجة فيها بقايا صرصار، حيث ألزمت المحكمة الصانع بتعويض الأضرار التي لحقت بالمستهلك، بالنظر إلى أنه لم يبذل ما وجب عليه من العناية. وقد جاءت قضية (Malfroot v. Nozal) (١٩٣٥م) بإرساء حكمٍ مماثلٍ، حين أوجبت مسؤولية المتعهد تجاه طرف ثالث بإصلاح سلعة انتقلت إليه ووجد فيها عيوبًا واجبة الإصلاح، وذلك بالقياس على مسؤولية الصانع تجاه المستهلك التي كان قد حُكم فيها قبل ذلك بثلاث سنواتٍ. وقد حُكم بالتعويض على المتعهد والصانع للمماثلة بينهما في الإهمال المتسبِّب في الضرر[٥١].

ومنه كذلك في القانون العرفي الأنجلو-أمريكي ما جاء في قضية (In

---

(٥١) Salmond (1966) on Jurisprudence, 12th edition, Maxwell, London, p.186.

(Frigaliment v. B.N.S. Int'l Sales) من قياس حقِّ البائع المورد للدجاج في تسليم العدد المتفق عليه، مع التفاوت في الوزن وجودة الطعم، قياسًا على توريد التفاح الذي يجوز تسليم المتفق عليه مع تفاوت أحجامه كذلك. ومنه أيضًا قضية (Adams v. New Jersey Steamboat Co) التي حُكم فيها بمسؤولية صاحب السفينة عن الأمتعة التي سُرقت من كابينة أحد المسافرين، قياسًا على مسؤولية شركة القطارات عن أمتعة المسافرين في الكبائن المخصَّصة لهم، لوجوب بذل الشركة عناية إضافية بحقِّ هذه الأمتعة، رغم ما بينهما من فارقٍ في جريان القطار على اليابسة والسفينة في الماء.

وقد أثارت قضية (California v. Carney) موضوع صدور إذن القاضي قبل تفتيش كرفانات الإقامة الموقوفة إلى جوار الطريق، باعتبارها سكنًا، أسوةً بما هو واجب في المساكن الثابتة. لكن المحكمة نظرت إلى قدرة هذه الكرفانات على التحريك، وطبقت بشأنها قوانين المرور في الإعفاء من الإذن السابق لتفتيشها، وقاستها على السيارات التي يجوز تفتيشها دون اشتراط هذا الإذن السابق.

وقد قاست المحكمة في قضية (Bowers v. Hardwick) فعل الفاحشة (sodomy) بالتراضي داخل المنزل على حيازة المخدرات داخل المنزل كذلك، في شرعيَّة إجراء المحاكمة. وقاست المحكمة العليا في قضية (Tinker v. Des Moines Independent School Distric) حقَّ التلاميذ في الاعتراض على حرب فيتنام داخل المدرسة على حقِّهم في مناقشة الموضوعات المطروحة داخل الفصل، وحقِّ التعبير عن الرأي الذي يكفله التعديل الأول في الدستور الأمريكي.

وبهذا فإن القياس طريقٌ لإلحاق الفرع الذي لا نصَّ عليه بما في معناه[٥٢]. والحقُّ أنه يمكن للقياس أن يلعب دورًا مزدوجًا؛ فقد قاس الذين حرموا التعامل في المشتقات المالية على الميسر، على حين قاس غيرهم بعض صورها المباحة عندهم على البيوع المؤجَّلة. ومع هذا، لا ينكر الدور الخلَّاق الذي يقوم به القياس في كل الأحوال.

---

(٥٢) الرسالة للشافعي، تحقيق شاكر، ص٢١٨.

(٦) أركان القياس:

أركان الشيء أجزاؤه الداخلة فيه التي تتركَّب منها حقيقته وتوجد بها هويته. ولهذا فإن أجزاء القياس أربعة، هي:

١ - **الأصل**، ويُسمَّى المقيس عليه، وهو ما ورد النصُّ بحكمه.

٢ - **الفرع**، وهو المقيس الذي لا نصَّ على حكمه.

٣ - **الحكم الثابت للأصل**.

٤ - ثم **العلَّة أو المعنى المشترك** الذي يسوِّغ الجمع بين الأصل والفرع في الحكم. وسنوالي التعريف بهذه الأركان فيما يلي.

الركن الأول: الأصل:

الأصل هو المقيس عليه المنصوص على حكمه، كالخمر التي يلتحق بها النبيذ في الحكم، وهو الحُرمة، للعلَّة الجامعة بينهما المتمثِّلة في الإسكار. ومنه أن القرآن قد أوجب القصاص في قتل الحُر بالحُر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى، فيقاس عليه وجوب القصاص في قتل الرجل المرأة، وكذا في قتل المرأة الرجل؛ لأن علَّة القصاص التعدي على النفس الإنسانية المعصومة الدَّم. وإذا كان القرآن قد أوجب استحقاق المرأة الأجرة على الإرضاع بقوله تعالى في سورة الطلاق: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فلها الحقُّ في الأجر على الحضانة كذلك، وعلى قيامها بخدمة الطفل إذا احتاج إلى جهدٍ خاصٍّ، قد يستوجب تركها عملها الذي تتعيَّش منه.

لقد أرست هذه الآية اعتبار الإرضاع عملًا اقتصاديًا تستحقُّ مَنْ تقدِّمه الأجرةَ عليه، رغم اندفاعها بالغريزة إليه وسعادتها به، فتقاس عليه الحضانة هي الأخرى باعتبارها عملًا اقتصاديًّا موجبًا للأجر كذلك. ويلتحق بهما واجب الرعاية الصحيَّة للأطفال من ذوي الاحتياجات الخاصَّة في كون هذه الرعاية جهدًا اقتصاديًّا تستحقُّ مَنْ تقدِّمه الأجر عليه.

ويتأيَّد مثل هذا القياس بالقاعدتين الكليتين المنصوص عليهما اللتين يقدِّمهما الاستدلال، وهما: ﴿وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ﴾ [النساء: ٣٢]، وقوله: ﴿لَا تُضَارَّ

﴿وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وهو مثال لتضافر دليلي القياس والاستدلال في عملهما. ومنه كذلك انعقاد البيع بالعبارة الدالَّة على رضا المتعاقدين فينعقد كذلك بالكتابة وبالرسالة الإلكترونية وبالإشارة المفهمة وبالتعاطي، لاشتراك هذه الوسائل جميعها في العلَّة، وهي التعبير عن الرضا بالعقد. وإنما ثبتت العلَّة هنا بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩].

ويُشترط في الأصل ليصح استناد الفرع إليه عددٌ من الشروط، من بينها:

أ - **ثبوت حكمه بالقرآن أو السُّنة أو الإجماع**. من ذلك أن السُّنة حرَّمت التبادل في الأصناف الربويَّة الستة، وهي: الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح؛ إلا إذا تحقَّق التماثل والحالية في التبادل؛ فيحرم لهذا مبادلة القمح بالقمح أو الشعير بالشعير إلا بالتساوي في المقدار والتسليم الفوري. أما المبادلة بين القمح والشعير، أو بين الشعير والتمر، أو بين القمح والملح، أو بين الذهب والفضة؛ فتحرم إلَّا إذا تحقَّق التسليم في الحال، طبقًا لما جاء في حديث عبادة بن الصامت: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُر بالبُر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح سواء بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد».

ورغم انفتاح صحَّة الحديث للنقد، وتعدُّد تفسيراته، فقد قاس جمهور الفقهاء على هذه الأصناف المذكورة عددًا آخر يشمل: الأرز والعدس والفول، حتى لا تجوز المبادلة بينها في الصنف الواحد منها إلا بشرط التساوي في المقدار، والتسليم الفوري. أما إذا اختلفت الأصناف داخل هذه القوائم فلا يُشترط التساوي، وإنما يُشترط التسليم الفوري.

ويفيد هذا الشرط أنه لا يجوز إجراء القياس على الفروع التي استنبطها أئمَّة المذاهب والمجتهدون. وليس هذا صحيحًا؛ ففي «**البحر المحيط**» أن أقوال أرباب المذاهب «وإن كانت فروعًا تُنزَّل بالنسبة إلى المقلِّدين منزلةَ أقوال الشارع عند المجتهدين، فإذا حفظ من إمامه فُتيا وفَهِم معناها جاز له أن يُلحق بها ما يُشابهها على الصحيح... وهو المعبَّر عنه بالتخريج»[٥٣].

---

(٥٣) البحر المحيط (٥/ ٨٥).

ب - **ألَّا يكون الدليل المثبت لحكم الأصل متضمنًا لحكم الفرع، ودالًّا عليه بذاته.** من ذلك أن تحريم إيذاء الوالدين بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] يتضمَّن بذاته تجريم الإيذاء برفع الصوت بالشتم أو عدم الإنفاق أو الهجر والعقوق، وما إلى ذلك من أوجه سوء المعاملة التي يتضمَّن النهيَ عنها كلٌّ من الأوامر الخاصَّة بالإحسان إليهما، والنهي عن إيذائهما.

ج - **أن يكون حكم الأصل معقولَ المعنى، ومبنيًّا على علَّة يمكن إدراكها عقلًا، حتى يصحَّ القياس.** ويجب لهذا ألَّا يصحَّ القياس في العبادات والعقوبات المقدَّرة بالشرع، وذلك كأعداد الركعات في الصلوات. أما الحكم الذي يدرك بالعقل ويُبنى على مصلحة أو علَّة معقولة المعنى، فيصحُّ القياس عليه. ويتضح دور القياس الخلاق - على سبيل المثال - في أن العقود المستحدثة تلتحق بشبهها، كالاستصناع الذي يلتحق بالبيع، وعقود العمل التي تلتحق بالإجارة، والسفتجة التي تلتحق بالوكالة بالأجر. ويلتحق استغلال أحد العاقدين حاجة الطرف الآخر أو طيشه أو عدم خبرته في إلحاق غبنٍ فاحشٍ به بالتغرير في لحوق الضرر، فيجوز للطرف المتضرِّر المطالبة برفع الغبن عنه إلى الحدِّ المعقول. وتجوز هبة الدَّين لغير المدين قياسًا على جواز هبته للمَدين، وتتمُّ بقبض الموهوب له الدَّين، طبقًا لما جاء في المادة (٥٦٠) مدني أردني، والمادتين (٨٤٧-٨٤٨) من المجلة.

د - **ثم يشترط أن يكون ثبوت الحكم للأصل قويًّا لا مشكوكًا فيه أو مختلفًا عليه؛** فحقُّ البالغة في تزويج نفسها مقيسٌ على حقِّها في إجراء عقود المعاوضات والتبرعات، وترتب الأحكام على عبارتها في الشهادة والإقرار، مع تمتعها بالأهليَّة الكاملة في كل ذلك، فيحق لها أن تعقد زواجها بنفسها طبقًا لما أخذت به القوانين الشرعية الحديثة، استنادًا إلى المذهب الحنفي. وذلك لأن حكم الأصل ثابتٌ ثبوتًا لا شكَّ فيه، حتى لدى المخالف. ومنه كذلك أن أحكام الاستصناع والأجير المشترك ثابتةٌ في عمومها بما يشبه الإجماع، فتقاس عليها أحكام عقد المقاولة الذي نظمته القوانين المدنية العربية (المواد (٧٨٠) وما بعدها مدني أردني، و(٦١٢) وما بعدها سوري، و(٨٦٤) وما بعدها عراقي). ويقاس حكم الهبة المستترة التي أشارت إليه المادة (٤٤٨) مدني

مصري ضمن عقد بيع على الأصل الثابت، وهو البيع والهبة؛ ولذا يشترط لصحتها استكمال أهليَّة التبرع في الواهب هبة مستترة[٥٤].

هـ - **ألّا يكون الحكم مختصًا بالأصل، لا يتعدَّاه إلى غيره.** وفي هذا أخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية الحديثة بالتفريق للضرر الذي تشهد له النصوص، وقاست على هذا الأصل التفريق لسجن الزوج بالشروط التي قررتها. ومنه كذلك قياس ضمان الحقوق المعنوية للمؤلف على ضمان المنافع، دون اعتبار لما أخذ به الأحناف في هذا الأصل وذهابهم إلى عدم ضمانها، لخروجهم أنفسهم على ما قرروه بشأن المنافع في استثناءاتهم المتعلِّقة بضمان منفعة اليتيم (عمله) أو منفعة أمواله، أو منفعة الوقف، أو منفعة الأموال المعدَّة للاستغلال. وبهذا صلح قياس ضمان حقوق المؤلف على ضمان المنافع لقوة ثبوت حكم الأصل، وهو ضمان المنافع، رغم الخلاف. وقد يجوز المنع من اتخاذ زوجة أخرى في ظروف عدم استطاعة الزوج توفير العدل المادي والعاطفي بحقِّ الزوجتين قياسًا على الحكم بتحريم الزواج بواحدة فيما نصَّ عليه كثيرون عند عدم استطاعة العدل.

الركن الثاني: حكم الأصل:

تقدَّم الحديث عن الحكم الشرعي الذي ينقسم في تنظيمه لحقوق الله (المجتمع) وحقوق العباد إلى تكليفيٍّ ووضعيٍّ. ويتعلَّق النوعان بالعلَّة التي تتحقَّق التسوية والمشابهة بها بين الأصل والفرع؛ إذ يكفي في حكم محكمة النقض المصرية لإثبات توافر نيَّة القتل لدى المتهمين إعدادهما سلاحًا قاتلًا بطبيعته «بنادق ماوزر»، وحملهما هذا السلاح، وإطلاق الأعيرة النارية على المجني عليهما، وإصابة أحدهما عدَّة إصاباتٍ في مقاتل «في الظهر، وفي

---

(٥٤) عزة عبد الرشيد محمد بدوي، أحكام الهبة المستترة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه بإشراف الدكتور محمد سراج، والدكتور محمد أمين التندي، جامعة المنيا، كلية دار العلوم، لعام (٢٠٠٤). ونصُّ الفقرة الأولى من المادة المشار إليها: «تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقدٍ آخر». وانظر في الموضوع كذلك: جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، (١٩٩٦).

أسفل يسار مؤخر العنق، وفي أعلى يمين العنق، وفي الجانب الأيمن للوجه، وفي الرأس»، وإصابة الآخر في مقدمة حشية الركبة[٥٥]. ويقاس على قصد القتل لدوافع شخصية مع سبق الإصرار أن يكون القاتل قد قصد من قتل المجني عليه تسهيل السرقة. وقد قدَّرت المحكمة أن عقوبة القصاص (الإعدام) في مثل هذه الواقعة المعروضة التي ارتكبت فيها جريمة القتل لتسهيل السرقة هي العقوبة الواجبة التطبيق[٥٦].

ويتساوى حكم الأصل والفرع في إيجاب القصاص، للشبه بينهما في إحداث القتل، واستخدام آلة «قاتلة بطبيعتها». ولا يجري القياس بالطبع إذا اختلف الحكم بين الأصل والفرع لانتفاء المشابهة بينهما؛ وذلك أن الحكم ثبت في الأصل مضافًا إلى علته، فإذا اختلف الحكم اختلفت العلَّة وثبت التباين؛ فلا يقاس القتل بالسُّم على الخطأ، للتباين بينهما فيما يجب أن يكون عليه حكم كلٍّ منهما، ولا يبعد أن ينزل عن القتل العمد بآلة تنتجه بطبيعتها إلى القتل بالمثقل للحكم في الحالتين بالنزول عن القصاص إلى السجن من عشر إلى خمس عشرة سنةً. والواقع أن الآلة المستخدمة في القتل لا يمكن استبعادها عند تقدير النيَّة في القتل، وهو ما ركَّز عليه الأحناف.

الركن الثالث: الفرع:

الفرع هو الذي يراد ثبوت الحكم فيه[٥٧]، أو المقيس الذي لا نصَّ على حكمه. وتُشترط فيه الشروط التالية:

أ - **ألَّا يكون حكمه منصوصًا عليه**؛ إذ القاعدة أنه لا قياس مع النصِّ. ويُحمل هذا الشرط على امتناع إثبات الحكم بالقياس في الفرع المنصوص على حكمه لثبوته بالنصِّ؛ لكونه أصلًا لا فرعًا.

ب - **وجود علَّة الأصل في الفرع**؛ من ذلك جواز إطلاق العاقدين مدَّة

(٥٥) محكمة النقد المصرية، الطعن رقم (١٧٣٤) لسنة ١٩، جلسة (١٧/ ٤/ ١٩٥٠).
(٥٦) محكمة النقض، الطعن رقم (٢٨١) لسنة ٢٠ ق، جلسة (٢٤/ ٤/ ١٩٥٠).
(٥٧) البحر المحيط (٥/ ١٠٧).

الإجارة، رغم الغرر، اعتمادًا على أن العلَّة في تصحيح العقود هي الرضا، ويُرفع الغرر بالرجوع إلى العرف في تحديد المدَّة، أو بجواز فسخ العقد من قِبل أيٍّ من العاقدين. مثل الاتفاق على إجارة عامل أو أرض مشاهرة. وكذا تجوز الإجارة مع عدم تحديد العمل تحديدًا واضحًا، كالاتفاق على أن يعمل الأجير في الأرض، لوجود الرضا.

أما إذا لم تتحقَّق علّة الأصل في الفرع، فإنه لا يأخذ حكم الأصل؛ إذ يختلف الاغتصاب عن هتكِ العرض رغم التشابه بينهما في التعدي على جسد الأنثى وانتهاكه، أو التمثيل به في تعبيرٍ بالغ الدقَّة لابن القيم في نصِّه على أن: «الإكراه على الوطء مُثْلَة»[58]، لكن يختلفان في حدوث المواقعة في الاغتصاب، دون هتكِ العرض. ولذا اتجه القانون إلى تغليظ العقوبة في الاغتصاب. وينعدم الرضا بالمواقعة إذا كانت من الوليِّ ومَنْ في حكمه. وتثبت الوصية بموت الموصي قياسًا على الإرث، ولن يحقَّ للموصى له القاتلِ للموصي نصيبه من الوصية قياسًا على الوارث القاتل، للتناقض بين القتل والمودَّة التي يعبِّر عنها الحقُّ في انتقال المال بالوصية أو الإرث.

ج - **عدم وجود مانعٍ يمنع من ثبوت حكم الأصل في الفرع**؛ ولذا فإن الزوجة إذا قتلت زوجها عمدًا عدوانًا كان الواجب القصاص لتوافر علَّته، وهي القتل العمد العدوان. غير أنه إذا كان ابنها ولي الدَّم، ممَّن له الحقُّ في المطالبة بالقصاص فلن يقتصَّ منها، لقيام المانع، وهو البنوَّة، وحتى لا يكون الابن سببًا في هلاك أُمِّه. وهذا هو المانع من ثبوت حكم القصاص هنا.

ويتفرع على ذلك النظر في القياس في مجال العقوبات والجنايات؛ إذ لا يجوز - على سبيل المثال - قياس جريمة هتكِ العرض على الاغتصاب كما تقدَّم، ولا قياس خدش الحياء العام على هتكِ العرض.

وقد يفيد القياس في الجرائم والعقوبات فائدةً سلبيةً تتمثَّل فيما انتهى إليه الفقهاء من عدم جواز الزيادة في التعزيرات على أقل العقوبات المنصوص عليها في الحدود، بالنظر إلى كون هذا الأقل أصلًا تنتفي زيادة الفرع عليه.

---

(٥٨) إعلام الموقعين (٣/٢)، دار الحديث.

ولذا فإن الأحكام التي تنتهي إليها بعض المحاكم السعودية من الجلد في بعض الجرائم التعزيرية مئات الجلدات مما يخالف هذا النظر الذي ينبني على ما يمكن تسميته بالقياس السلبي.

الركن الرابع: العلَّة:

العلَّة هي أهمُّ ركنٍ في القياس، لامتناع إجرائه دون تحديدها، والبرهنة على وجودها في كلٍّ من الأصل والفرع مع مناسبتها للحكم أو تأثيرها فيه. ويعبِّر الشافعي عنها بالمعنى والشبه والوصف الجامع. وتلتصق العلَّة بالخصائص الذاتية للأصل والفرع، بخلاف السبب الذي ينفكُّ عن متعلق الحكم؛ فالإسكار الذي هو من خصائص شرب الخمر علَّة التحريم، غير أن كلًّا من الإهمال والإتلاف الموجب للضرر سببٌ للحكم بالضمان.

والمفترض أن يوجد السبب الحكم بقصد الشارع إليه، أما العلَّة فهي أمارةٌ وعلامةٌ على الحكم. والعلَّة في اللغة اسمٌ لما يتغيَّر حكم الشيء بحصوله، كالمرض الذي تتغيَّر به الحالة من الصحَّة إلى غيرها، أو هي الوصف الملحوظ في الأصل لبناء الحكم الشرعي عليه، وتعدية الحكم إلى الفرع بالنظر إلى ثبوت هذا الوصف فيه؛ فالقتل بالسكين عمد، لاستخدام هذه الآلة في القتل. ومثله القتل بالسيف أو بالبندقية أو بالمسدس؛ لأن هذه الأدوات جميعها معدَّة للقتل. أما القتل بالعصا الغليظة على ما في المذهب الحنفي فليس عمدًا؛ لأنها ليست معدَّةً للقتل، فتثير شبهة في نيَّة التعمُّد.

وبهذا فإن العلَّة هي مناط الحكم وسببه وأمارته والمعنى المؤثر فيه، وهي شرطٌ في صحَّة القياس للجمع بين الأصل والفرع في الحكم.

ويذهب بعض الأصوليين إلى الاكتفاء بالشَّبه؛ يقول ابن فورك: «من الناس مَنِ اقتصر على الشبه، ومنع القول بالعلَّة». وقال ابن السمعاني: «ذهب بعض القياسيين من الحنفية وغيرهم إلى صحَّة القياس من غير علَّة إذا لاح بعض الشبه»[59].

---

(٥٩) البحر المحيط (٥/ ١١١).

ولا ينبغي استبعاد هذا الرأي دون تدقيقٍ في قيمته الحقوقية؛ إذ تشير كثير من الأمثلة السابقة الذكر في القانون العرفي الإنجليزي إلى الاكتفاء بالشبه دونما اهتمام بالمعنى المؤثر، من مثل قياس مسؤولية الشركة المالكة للسفينة عن أمتعة الركاب على مسؤولية شركة القطارات عن هذه الأمتعة. ويشبهه قياس الحكم في تسليم الفراخ المتفاوتة الوزن أو الحجم والطعم تبعًا لذلك على حقِّ البائع في تسليم التفاح المتفاوت الحجم. ويغلب الاستناد في هذين المثالين على مجرَّد الشبه بين المقيس والمقيس عليه.

ومع هذا، فقد ذهب جمهور الأصوليين والفقهاء إلى اعتبار العلَّة ركنَ القياس، التي لا يقوم إلا بها[٦٠]، باعتبارها المعنى المعرف للحكم، والدالَّ عليه.

وإذ عرَّف بعض الأصوليين العلَّة بأنها أماراتٌ وعلاماتٌ على الحكم[٦١]، أو بأنها الوصف المؤثر في الحكم بجعل الشارع[٦٢]، فقد عرفها الشاطبي تعريفًا أوضحَ بأن المراد بها: «الحكم والمصالح التي تعلَّقت بها الأوامر... فعلى الجملة، العلَّة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها، ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة، على أنه قد يطلق لفظ السبب على نفس العلة لارتباط ما بينهما، ولا مشاحَّة في الاصطلاح»[٦٣].

ولهذا فلا فرق بين العلَّة والحكمة، حيث ينصرفان إلى المصالح والمقاصد التي أرادها الشارع من شرع الأحكام. غير أن أكثر الأصوليين يميزون بين العلَّة والحكمة، فيعرفون العلَّة بأنها الوصف الظاهر المنضبط الذي يترتَّب عليه تحقيق المصلحة أو دفع المفسدة، أما الحكمة فهي المصلحة نفسها التي تتحقَّق بدفع الضرر كذلك؛ فإن علَّة شرع القصاص هي القتل العمد العدوان، وهي بهذا وصف ظاهر منضبط، أما حكمة شرع القصاص فهي الحفاظ على الحياة الإنسانية. وكذا فإن علَّة تضمين صاحب الأرض إتلاف زرع

---

(٦٠) البحر المحيط (٥/ ١١١).

(٦١) المسودة لابن تيمية، ص٣٨٥.

(٦٢) المستصفى، ص٣٣٢ وما بعدها.

(٦٣) الموافقات للشاطبي (٢/ ٣).

الجار بالسقي الزائد عن المعتاد هو الإهمال، والحكمة جبر الضرر. وكذا فإن علَّة تحريم الخمر الإسكار، وحكمة هذا التحريم هي حفظ العقل الإنساني. وقد روى الغزالي عن أبي زيد الدبوسي (ت: ٤٣٠هـ) أن الحكم يتبع السبب دون حكمة السبب، وإنما الحكمة ثمرة وليست بعلَّة[٦٤].

وبهذا فإن العلَّة وصفٌ ظاهر منضبطٌ يرتبط بالمصلحة ويدلُّ عليها، أما الحكمة فهي المصلحة نفسها. والاختلاف بينهما في وصف الانضباط الذي يتحتَّم وجوده في العلَّة لإمكان ترتيب الحكم عليه. وسواء فسَّرنا العلَّة بالحكمة والمصلحة أو بالوصف الظاهر المنضبط الذي تترتَّب عليه الحكمة والمصلحة، فلا يخفى مدى التلازم بين كلٍّ من العلَّة والمصلحة بالنظر إلى تعريف الشاطبي الذي يسوِّي بين العلَّة والحكمة، أو بالنظر إلى تعريف غيره الذي يميِّز بين المصلحة أو الحكمة من جهة، والعلَّة من جهة أخرى.

وينبني على هذا التلازم بين العلل والمصالح أن استقراء الأحكام الشرعية يدلُّ على أنها معلَّلةٌ بالمصالح الفردية والاجتماعية، مما أسهب الشاطبي في بيانه على نحوٍ لا يترك لَبْسًا[٦٥]. ولا يتفرَّد الشاطبي ببيان هذا التلازم؛ فقد أكَّده صدر الشريعة بقوله: «وما أبعد عن الحقِّ قول مَنْ قال: إنها غير معلَّلة بها؛ فإن بعثة الأنبياء لاهتداء الخلق، وإظهار المعجزات لتصديقهم، فمن أنكر التعليل فقد أنكر النبوَّة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ۝٥٦﴾ [الذاريات: ٥٦]، ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ﴾ [البينة: ٥]، وأمثال ذلك كثيرة في القرآن ودالَّة على ما قلنا، وأيضًا لو لم يفعل لغرضٍ أصلًا يلزم العبث»[٦٦].

ومن هذا كلِّه يتضح أن أحكام الشارع معقولةُ المعاني، وأنها شُرعت لتحقيق مصالح الناس الدنيوية والأخروية. فإذا أدركنا المصلحة التي شُرع الحكم لتحقيقها أمكن تعديتها من الأصل ليشمل حالاتٍ جديدة، وسواء كانت

(٦٤) المستصفى للغزالي (٢/ ٩١).
(٦٥) الموافقات (٢/ ٣) وما بعدها.
(٦٦) التوضيح (٢/ ٦٢).

العلَّة هي الحكمة والمصلحة أو كانت الأمارة الدالَّة على المصلحة والوصف المرتبط بها، فإن هذا يفيد أن القياس هو إلحاقُ الفرع بالأصل لتحقيق المصالح التي أرادها الشارع والبُعْدِ عن المفاسد التي نهى عنها.

(٧) شروط العلَّة:

إذا كانت العلَّة هي المعنى أو الوصف الذي تعلَّق به الحكم، بحيث لا يوجد إلا بوجوده، فإنه يُشترط في هذا المعنى أو الوصف الشروط التالية:

أ - **أن يكون الوصف ظاهرًا واضحًا**، بحيث يمكن إدراكه، والتحقُّق من وجوده أو عدمه، كالعمدية في القتل العدوان الموجب للقصاص، وكالإيجاب والقبول الدالَّيْن على الرضا بالعقد اللذين ترتبط بهما أحكامه، وكالإهمال بمخالفة المعتاد، أو عدم التبصر، الموجب للضمان. أما الأوصاف الخفيَّة التي لا يمكن الاطلاع عليها فلا يجري التعليل بها. ولذا فإن أحكام العقود لا تتعلَّق بالرضا، رغم أنه هو المعنى الذي أراده الشارع لتعلُّق هذه الأحكام وترتبها، وذلك لأن الرضا وصف خفيٌّ يجري داخل النفس ولا يمكن لأحدٍ الاطلاع عليه، فأقام الشارع الحكم على الإيجاب والقبول اللذين يدلَّان على الرضا، ويمكن النطق بهما وسماعهما وإثباتهما عند التنازع. ويتعلَّق ثبوت النَّسَب من الأب بالعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة. غير أن هذه العلاقة من الأمور التي لا يطلع عليها غير الزوجين، وليس في الوسع إثباتها عند التنازع، فأُقيم عقد الزواج مقامها؛ لأنه هو الذي يطلع على انعقاده.

ويتعلَّق الحكم بالقصاص بنيَّة العمد، وهي أمر خفيٌّ، لكنها تتضح بالنظر إلى الآلة المستخدمة في القتل، فإن كانت تقتل غالبًا حُكم بوجود نيَّة العمد والقصاص تبعًا لذلك، وإلَّا فلا.

ب - **أن يكون الوصف منضبطًا**، أي محددًا معروف الحقيقة، كالقتل والسُّكْر في إيجاب عقوبتهما، وكالزواج في إثبات النَّسَب، فإنها أوصافٌ محدَّدة منضبطة يسهل التعرف إليها، ولا تختلف حقائقها في أحوال وجودها

المختلفة. ولذا لا يجوز التعليل للحكم بالعقوبة بارتكاب أفعالٍ غير منضبطة، مثل تهديد الأمن الاجتماعي أو تعكير السلم الاجتماعي، بل يلزم انضباط الأفعال المؤثمة الموجبة للعقوبة، دون اضطرابٍ في تحديدها[٦٧].

ج - **ألَّا يرجع الوصف المعلَّل به على الأصل بالإبطال**؛ فلو اعتبرنا العلَّة في القصاص المساواةَ لزم عنه عدم وجوبه في الحكم بالقصاص على رجلٍ يقتل امرأةً أو طفلًا صغيرًا، مما يؤدي إلى تعطيل القصاص. ولهذا يجب التعليل بإزهاق النفس الإنسانية ليعمَّ هذين الفرعين. وقد نقل الآمدي الاتفاق على هذا الشرط[٦٨].

د - ومن أهم شروط العلَّة **أن يكون الوصف المعلَّل به مناسبًا للحكم**. وتعني المناسبة «الملاءمة لأفعال العقلاء في العادات» في تحصيل مقصودهم[٦٩]. والوصف المناسب عند ابن الحاجب: «وصف ظاهر منضبط يحصل عقلًا من ترتُّب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصودًا للعقلاء، من حصول مصلحة دينية أو دنيوية، أو دفع مفسدة»[٧٠]، ومعنى مناسبة الوصف للحكم بهذا أن يكون وجوده مظنَّة تحقيق المصلحة التي قصد إليها الشارع من شرع هذا الحكم؛ فالتعليل لوجوب القصاص بالقتل العمد العدوان مناسبٌ للمصلحة المقصودة، وهي حفظ حياة الناس بالعقاب الشديد على هذا الفعل الذي يتهدَّد الحياة الإنسانية بأخطر صور العدوان عليها. وإتلاف المال بمباشرة التعدي مناسبٌ للحكم بوجوب ردِّ المثل أو القيمة؛ لأنه هو الذي ينجبر به الضرر المقصود للشارع، سدًّا لباب الفساد والفتن. وكذا فإن تحريم الاحتكار في بعض الأصناف كمواد الطعام، للحاجة العامَّة إليها، دون بعضها الآخر كمواد الرفاهية، ويقاس على منعه في الطعام الأدوية وأدوات الإنتاج الأساسية للعلَّة ذاتها المناسبة لقصد الشارع إلى رفع الضرر.

وقد أدى اشتراط التناسب في العلَّة إلى التسليم بإمكان الخلاف في

---

(٦٧) الإحكام للآمدي (٢/ ٢٨٨).

(٦٨) نفسه (٢/ ٢٢٦).

(٦٩) البحر المحيط (٥/ ٢٠٦).

(٧٠) نفسه (٥/ ٢٠٧).

تحديدها؛ لأن ما قد يكون مناسبًا للحكم في رأي البعض قد لا يكون كذلك عند آخرين؛ فعلَّة الربا في البُر قد تكون الطعم، أو مجموع القوت والادخار، أو التقدير بالكيل أو الوزن في المذاهب المختلفة. وينبني تحديد العلَّة بهذا في الغالب على الظنِّ فيما أوضحه أبو الحسين البصري[٧١]، ويؤدي اشتراط مناسبة العلَّة للحكم إلى تقوية التشابه بين الأصل والفرع الذي يمكن الاختلاف في إدراكه، فيما اتضح من الأمثلة السابقة.

أما إذا لم يكن الوصف مناسبًا للحكم، فإنه لا يصحُّ التعليل به. ولذا لا يجوز التعليل لوجوب القصاص بلون بشرة القاتل، أو جنسيته، أو انتمائه السياسي أو حتى الديني، أو طريقة القتل، أو الألم الذي سبَّبه القتل لأقارب المقتول، أو غير ذلك مما لا يناسب الحكم بالقصاص. ولا يجوز التعليل لضمان المغصوب بالنظر إلى قيمة هذا المغصوب، أو جنس الغاصب، وما إذا كان الغصب حدث في غيبة صاحب المال أو في حضوره؛ فالعلَّة هي التعدي في أخذ مال الغير.

وسأخصُّ هذا الشرط ببيانٍ إضافيٍّ لأهميته.

(٨) المناسبة بين العلَّة والحكم:

يذكر الزركشي أن المناسبة «عمدة كتاب القياس وغمرته، ومحلُّ غموضه ووضوحه، وهو تعيين العلَّة بمجرَّد إبداء المناسبة... أي الملاءمة»[٧٢]. وتعني المناسبة - كما تقدَّم - ارتباط العلَّة بالمصلحة، وتلازمهما، بحيث تتحقَّق المصلحة إذا وجِدت العلَّة. من ذلك تعليل كثير من أحكام الوكالة في الفقه والقانون المصري بمراعاة الاعتبار الشخصي للوكيل، لضمان الثقة في سلامة تصرفاته وتقليل الخطورة المترتبة على النيابة. ومن ذلك الحكم بانقضاء الوكالة بموت الوكيل أو إفلاسه وإعساره، لارتباط الثقة بالحالة المالية للشخص. وينبني على الاعتبار الشخصي في الوكالة الحكم بجواز تنحي الوكيل عن

---

(٧١) المعتمد (٢/ ٧٧١)

(٧٢) البحر المحيط (٥/٢٠٦).

الوكالة أو عزله في أيِّ وقت، مما هو مقرَّر في الفقه والقانون المدني المصري[٧٣].

وكذا فإن وجوب الشفعة معلَّلٌ بالجوار والشركة في المِلك، وهو مظنَّة حصول الضرر في المِلك إذا باع المالك نصيبه لأجنبيٍّ، فكان وجوب الشفعة للجار والشريك لدفع الضرر عنهما. ويتضح من هذا أن علّة وجوب الشفعة (الجوار أو الاشتراك) مرتبطةٌ بالمصلحة المقصودة من شرع الحكم، وهي دفع الضرر.

وكذا فإن الولاية معلَّلة بالصغر والمصلحة المقصودة حفظ حقوق الصغير، والعلَّة - وهي الصغر - مناسبة للمصلحة؛ وذلك لأن الصغر مظنَّة الحاجة إلى عدم القدرة على التمييز والحاجة للحفظ.

ويُعلَّل وجوب الضمان في أحوالٍ كثيرة بالإهمال الذي يترتَّب عليه الإضرار بمصالح الغير. وهذه العلَّة (الإهمال) مناسبة للحكم بوجوب الضمان للحفاظ على حقوق الناس، وجبرًا لهم على العناية بحقوق غيرهم، ممَّن يُحتمل تضررهم بأفعالهم. وبهذا ترتبط العلَّة بالمصلحة التي تترتَّب عليها.

وهذه العلاقة الخاصَّة بين العلَّة والحكم، المشار إليها بالمناسبة، قد التفت إليها الأصوليون، وميزوا بين أنواعها، من حيث بيان الشارع لها عن طريق النصِّ أو الأدلَّة الأخرى، بالنظر إلى الأقسام التالية:

أولًا: المناسب المؤثر:

وهو الذي ظهر تأثيره في الحكم بنصٍّ أو إجماعٍ. من ذلك التعليل للولاية على الصغير والمجنون والمعتوه بالصغر والجنون والعته. ومنه التعليل للنهي عن ادخار لحوم الأضاحي بالمجاعة في قوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافة فكلوا وادخروا». ومنه كذلك إيجاب القصاص بالقتل العمد العدوان.

---

(٧٣) المادتان: (٧١٥-٧١٦) من القانون المدني المصري، والمادة: (١٥٢١) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة: (٩٤٧) من مرشد الحيران.

ثانيًا: المناسب الملائم:

وهو الوصف المعهود في الشرع اعتباره في جنس الحكم المطروح في محلِّ النظر. من ذلك أن قوة قرابة الإخوة الأشقاء معتبرةٌ في تقديمهم على الإخوة للأب في الميراث، فيتقدمون كذلك في الولاية في المال. ومنه قياس أحقيَّة أبي بكر بالخلافة على تعيين النبيِّ له في إمامة الصلاة، مع الاتفاق آنذاك على عدم وجود نصٍّ يحدِّد الأحقَّ بالإمامة، سوى أن تكون في قريش. ومنه تعليل الحكم بتوريث المطلَّقة في مرض الموت برفع الظلم المعهود جنسه في كثيرٍ من الفروع، غير أنه لا يجوز تعليل ذلك بمعاملته بنقيض قصده؛ لأن المعهود في الشرع احترام القصود وتأثيرها في مقاصدهم. ولا يصحُّ كذلك تعليل حرمان القاتل الوارث أو الموصى له من الميراث أو الوصية للعلَّة ذاتها، وهي المعاملة بنقيض القصد، وإنما يترجَّح تعليل تشديد العقاب على هذا النحو بالرجوع إلى مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة المعهود مراعاته في الشرع، حيث اجتمع في جريمته كلٌّ من التعدي بالقتل، والعدوان على الرحِم في قتل المورث، ومقابلة المعروف بالإساءة في قتل الموصي. وكذلك الحكم بحبس الواجد للمال بالمُطل كي يوفي الدائن ما عليه، حيث لا يجوز تعليل جواز هذا الحبس بالإفلاس، لمناقضته مع ما شرعه من نقل سلطة الدائن من جسم المدين إلى ماله بقوله: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

بل يلائمه التعليل بالمُطل في الوفاء بالدَّين. ومعنى هذا كلِّه أن الوصف المعلَّل به في حكمٍ لم ينص الشارع على التعليل به في هذا الحكم نفسه، ولكن نصَّ على اعتباره في جنس هذا الحكم، أو مثله، أو ما يقترب منه في حكمٍ آخر.

وقد يوضِّح ذلك ما ذكره التفتازاني بخصوص تعليل حكم ثبوت الفرقة في إسلام أحد الزوجين إذا كانا غير مسلمين ببقاء الآخر على كفره؛ لأنه هو الملائم للفرقة، ولا يصحُّ التعليل لهذا الحكم بإسلام مَنْ أسلم منهما؛ لأنه ينبو عنه ولا يلائمه؛ فإن الإسلام عاصِمٌ للحقوق وليس قاطعًا لها. ولهذا يعرِّف بعضهم الملاءمة تعريفًا عامًّا، هو أن يكون الوصف المعلَّل به موافقًا لما جاء عن السلف، فإنهم كانوا يعلِّلون بالأوصاف الملائمة للأحكام لا النابية عنها

التي لا توافقها. ويدلُّ هذا التعريف على الاقتراب مرةً أخرى من فكرة اعتماد القياس على المشابهة في العقل بين الأصل والفرع، على حين كان القصد من الاستغراق في بحث التعليل الاقتراب من النصِّ؛ إذ إن الاكتفاء بملاءمة الوصف للحكم - كما ذكر صدر الشريعة - بأن يعتبر الشارع جنس هذا الوصف في جنس هذا الحكم، مما يوسع كثيرًا من حرية القائسين في العمل بالقياس.

ثالثًا: المناسب المرسل:

وهو الوصف الذي لم يرتِّب الشارع حكمًا على وفقه لا بالاعتبار في عين الحكم ولا في جنسه، ولا بالإلغاء، وإنما جاء مناسبًا المصلحة وملائمًا لتحقيقها، ومرسلًا لأن الشارع أرسله، أي لم تدل النصوص على إهداره أو قبوله. وينقسم المرسل المناسب إلى نوعين:

أولهما: المناسب المرسل الذي عُهِدَ من الشارع إلغاؤه. من ذلك القول - على سبيل المثال - بإبطال عقوبة الإعدام، لمبرراتٍ قد يكون بعضها مناسبًا لمصالح معقولة. غير أن الشرع قد ألغى هذا النظر بشرع القصاص وغيره لمصالح أولى في الاعتبار، ومنه القول بحلِّ فوائد صكوك القروض تيسيرًا على المقرضين والمقترضين، ورفعًا للحرج عنهم؛ فإن الوصف (التيسير) لحكم حلِّ الفوائد يحقِّق مصالح بعض الفئات. غير أن هذا المناسب يفتح بابًا واسعًا للتفلُّت من إبطال التعامل بالربا الذي علم الشارع إبطاله.

والثاني: المناسب المرسل الذي لم يحكم الشارع بإلغائه ولا باعتباره. ومعنى غرابته أنه مسكوتٌ عنه ولا تشهد له النصوص الشرعية بالاعتبار، وهو مرسل لأن الشارع لم يحكم بإلغائه ولا باعتباره. وينتهي كونه مرسلًا إن علمت ملاءمته أو تأثيره بوجهٍ من الوجوه.

ويختلف هذا النوع عن سابقه في أن مناسبته للحكم لم تبطل؛ إذ لم يثبت إلغاء الشارع له، فيصح التعليل به لهذا عند هؤلاء الذين رأوا أن مجرَّد مناسبته للحكم دليل كافٍ على اعتبار الشارع له ما دام لا يعارض نصًّا، متابعة للمسلك العام للشارع في إعمال المناسب المرتبط بالمقاصد الشرعية. أما هؤلاء الذين

أصروا على أنه لا بدَّ من وجود دليل شرعيٍّ على اعتبار الوصف للتعليل به، فقد حكموا بعدم اعتبار المناسب المرسل. ويكاد يفرق الخلاف في ذلك بين نفاة القياس ومثبتيه فيما يلاحظ الغزالي.

ويرجِّح الغزالي إعمال المناسب الغريب والتعليل به بقوله: «وأما المناسب الغريب فهذا محلُّ الاجتهاد، ولا يبعد عندي أن يغلب ذلك على ظنِّ بعض المجتهدين، ولا يدلُّ دليل قاطع على بطلان اجتهاده». ويستدلُّ لهذا الرأي بالأدلَّة التالية:

- مناسبة الوصف للحكم تدلُّ على اعتباره شرعًا بناءً على ما هو معهود من مسلك الشارع في ترتيب الحكم على الأوصاف المناسبة.

- غلبة ظنِّ المجتهد كافية في الفقه. ولذا لا يصحُّ الاعتراض بأن الوصف المرسل لا يصحُّ التعليل به؛ لاحتمال أن يكون هناك وصفٌ آخر أقامه الشارع علَّةً للحكم؛ فإن وجود مثل هذا الاحتمال قائمٌ في التعليل بالوصف المنصوص على اعتباره؛ إذ يمكن أن يكون الوصف المنصوص عليه جزءَ العلَّة، وأن تكون مركَّبةً منه ومن وصفٍ آخر لم ينص عليه، أو أن تكون العلَّة خاصَّةً بالأصل. غير أن الجري وراء مثل هذه الاحتمالات يسدُّ باب الاجتهاد، وليس على المجتهد سوى العمل بما يغلب على ظنِّه.

ومن أحوال الاستناد إلى الوصف المرسل الغريب انتهاء الصحابة إلى الحكم بوضعِ الخراج على الأرض المفتوحة وعدِّ قسمتها على الغانمين مراعاةً لحقِّ الأجيالَ التالية. ومنه كذلك ضرب النقود تحقيقًا للاستقلال النقدي للدولة الإسلامية في هذا المجال. ومن هذا القبيل ما ذهب إليه المالكية في الحكم بجواز الحجر على المدين إذا استتر عن الدائن ولم يعد يتردَّد على الأماكن التي كان يتردَّد عليها قبل حلول أجل الدَّين؛ فالوصف (الاستتار) علَّة للحكم بالحجر، فهو وصف مناسب وغريب مرسل. وعلى الرغم من أن الشارع لم ينص على اعتبار الاستتار للحكم بالحجر، فإن هذا الحكم معلَّلٌ بالمماطلة والتهرُّب من دفع الدَّين، أو العجز عن الوفاء بالدَّين، وهذا الاستتار أو الغيبة مظنَّة المماطلة ودليلها، وهي جنس له. والمصلحة التي يرتبط بها هذا الوصف هي دفع الضرر الناشئ عن ضياع الدَّين، وفي ترتيب الحكم بالحجر على هذا

الوصف تحقيقٌ لتلك المصلحة أو الحكمة، وتحصيل لها، وهو بهذا يناسب الحكم، فصحَّ اعتبار وصف استتار المدين مع حلول الدَّين علَّةً للحكم بجواز حجر القاضي على هذا المدين.

ولو قضى مجتهد بأن سفر المدين عند حلول الدَّين وصفٌ يناسب الحكم بجواز الحجر عليه دفعًا لضرر المدين، لكان ذلك من قبيل إعمال المناسب الغريب؛ ذلك أن سفر المدين قد يؤدي إلى تعذُّر مطالبته، والحصول على الحقِّ منه، فيجوز للدائن رفع الأمر إلى القاضي وطلب الحجر عليه دفعًا لتضرره، ولا يخفى أن السفر بهذا الاعتبار وصفٌ مناسبٌ للحكم بالحجر. غير أن هذا الوصف لم يحكم الشارع باعتباره في هذا الحكم، ولا بإلغائه، فهو وصف مرسل غريب.

ومن التعليل بالمناسب الغريب ترتيب الحكم بحرمان القاتل من الميراث على وصفٍ معيَّن هو المعاملة بنقيض القصد. ومع أن هذا الوصف يناسب الحكم بالحرمان من الميراث وتحصل به مصلحة مقصودة للشارع، وهي الحفاظ على حياة المورث، وزجر أيِّ وارث عن المسارعة إلى قتل مورثه، تعجلًا منه لنيل نصيبه؛ فإن هذا الوصف لا يصلح لتعليل الحكم به، وليس نفي هذه الصلاحية للتعليل ناشئًا من غرابته فحسب، ولم يعهد في مسلك الشارع الالتفات إليه؛ لكنَّ في التعليل لهذا الحكم وصفًا آخر أقوى منه في التعليل، وهو وصف العدوان الأكثر ملاءمةً. ذلك أننا ندرك أن الشارع رتَّب على العدوان أجزيةً ماليةً وعقوباتٍ يدخل الحرمان من الميراث في جنسها، ورغم أن الشارع لم ينص على ربط الحرمان من الميراث بعلَّة العدوان، فإن التعليل بهذا الوصف للحرمان الميراث تعليلٌ بوصفٍ مناسبٍ ملائم لا بمؤثِّر، وهو ما يوضِّحه الغزالي بقوله: «وذلك لأن الجناية بعينها، وإن ظهر تأثيرها في العقوبات، فلم يظهر تأثيرها في الحرمان من الميراث، فلم يؤثر في عين الحكم؛ وإنما أثر في جنسٍ آخر من الأحكام (أي العقوبات والأجزية المالية كالدية)، فهو من جنس الملائم لا من جنس المؤثر»(٧٤).

---

(٧٤) المستصفى (٢/ ٢٩٩).

ويستنتج من هذا أنه يشترط للتعليل بالمناسب الغريب ألّا يكون الوصف ملغى من الشارع بالنصّ على إلغائه، وألّا يخالف مسلك الشارع في التعليل؛ فالتعليل لحرمان القاتل من الميراث والوصية بوصف المعاملة بنقيض القصد تعليلٌ لا يطرد ويتخلّف في أحوالٍ كثيرة؛ إذ يجوز قصد الدائن إلى التعجُّل في قبض دينه بوسيلة مشروعة، كالحطّ من الدَّين، فلا يعامل بنقيض قصده.

ومن هذا كلّه يتضح ما يلي:

أ - يلزم في الوصف الذي يجوز تعليل الحكم به لظهوره وانضباطه أن يكون مناسبًا لهذه الحكمة، بمعنى تعلُّقه بها ودلالته عليها.

ب - لا يكتفي الأصوليون بالعلامة الشبهية في التعليل للحكم في الأصل ونقله للفرع، فيما يفيده كلام الغزالي(٧٥)، بل لا بدَّ من مناسبة الوصف للحكم.

ج - حدَّد الأصوليون هذه المناسبة بين الوصف والحكم بمناهج مختلفة، تبدأ من الاعتضاد بالنصّ باشتراط التأثير الذي يحصره في النصّ والإجماع، أو إفساح المجال أمام العقل بالاكتفاء بالملاءمة لمسلك الشارع، أو بمجرَّد الإرسال.

د - يصلح التعليل بالحكمة أو المصلحة المقصودة للشارع إذا كانت مناسبة مؤثرة أو ملائمة، بشرط عدم إهدار النصوص لها.

(٩) مسالك العلَّة:

لم يكتفِ الأصوليون لإجراء الأقيسة بفكرة التماثل الجوهري بين الأصل والفرع التي تطبقها بعض النُّظم القانونية في العمل القياسي، وإنما سعوا في ظلِّ الصراعات الكلامية والمذهبية المتأثرة بالسياسة إلى تذويب القياس في النصّ من الناحية الشكلية، بالعكوف على مبدأ التعليل، والتأكيد على قدرته على ربط الفرع بالأصل إلى درجة التفكير في وجود العلَّة بعينها في كلٍّ منهما.

---

(٧٥) المستصفى (٢/ ٣٤٣).

وإذ وجدوا بغيتهم في التعليل لتبرئة ساحة المناصرين للقياس من تنكُّب النص والبُعْد عنه، فقد لزمهم التعريف به وبأنواعه، وبمسالكه النصيَّة والعقليَّة، أو طرق اكتشاف الوصف الذي يصلح لتعليل الحكم الشرعي به. وقد أفاد الأصوليون في سعيهم لتحديد هذه المسالك من تطوُّر المنهج التجريبي لدى الفلاسفة والعلماء المسلمين على النحو الذي تكشف عنه منهجية السَّبْر والتقسيم والطرد والعكس.

ويبدو استحضار النص هو الغاية الأساسية في التناول الأصولي لمسالك العلَّة؛ فأكثر هذه المسالك مستنبطة بوسائل لغوية ودلالية ومنطقية من النصِّ نفسه، أو من الإجماع على تفسيره. وقد اضطر الأصوليون إلى معاودة تأكيد هذه المسالك على أُسسٍ موضوعية في وجه أولئك الذين يرون نسبية الأقيسة بدليل الاختلاف في نتائجها. وتعمل هذه المسالك على تقليل هذا الخلاف باختبار الأوصاف المتعدِّدة المحتملة في الأصل المنصوص على حكمه، لتعيين أحدها، مما يغلب على الظنِّ اعتباره علَّةً في الحكم وأمارةً عليه، تمهيدًا لنقل هذا الحكم إلى الفروع الأخرى متى تشاركت مع الأصل في هذه العلَّة وتلك الأمارة.

وفيما يلي أهم هذه الوسائل أو المسالك:

أ - **الإجماع على علِّية وصفٍ معيَّن بذاته**، كالإجماع على أن الصغر هو العلَّة في الحكم بثبوت الولاية على أموال الصغير، وكالإجماع على أن تشوُّش الفكر هو العلَّة في تحريم القضاء عند الغضب، فيقاس عليه الحكم بتحريمه كذلك عند الألم الشديد أو المرض الشديد أو الجوع الشديد؛ لاشتراكها جميعًا في تشويش الفكر المؤدي إلى احتمال الميل عن الحقِّ في فصل الخصومات.

ومن أمثلته تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأبٍ في الميراث، لثبوت أخوة الشقيق من جهتي الأب والأُم، فتقوى علاقته بالميت على من ثبتت علاقته به من جهةٍ واحدة. وهذا التقديم بهذه العلَّة في الميراث يقاس عليه التقديم للأخ الشقيق في الولاية على المال وعلى النفس وفي الزواج.

ومن أمثلته كذلك أن الأحناف يذهبون إلى أن جهالة العوض في البيع مفسدةٌ له بالإجماع، فقاسوا عليه الجهالة في المهر في النكاح، ورأوا فساد الاتفاق على المهر بهذه الجهالة. ومن الأمثلة عليه ما رآه الأحناف من أن المريض مرض الموت إذا أقرَّ بدَيْنٍ بعد استغراق ماله بديون الصحَّة لم يقبل إقراره؛ لأنه بالإقرار بالدَّيْنِ في هذا الوقت يفوِّت حقَّ غرماء الصحَّة، فيمنع منه قياسًا على منعه من الهبة والوصية في هذه الحالة، حمايةً للدائنين من الضرر.

وينبِّه الغزالي إلى أهمية هذا المسلك بقوله: «وأمثلة ذلك كثيرة، ولعلَّ شطر المسائل القياسية يجري على هذا المنهج، وهو مقبولٌ باتفاق القائلين بالقياس».

ب - **نصُّ الشارع على العلَّة**، وذلك بأن يأتي التعبير بما يفيد التعليل بوصفٍ معيَّن عند ذكر الحكم، كقوله عقبه لعلَّة كذا أو لسبب كذا أو ما يقوم مقامهما، ومنه قوله تعالى عقب الحكم بإضافة ملكيَّة الفيء مما يستولي عليه المسلمون من أرض العدوِّ إلى الله ورسوله: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧]، وهذا صريح في التعليل به، ومعناه أن ملكيَّة الأراضي التي يستولي عليها الجيش المسلم لله ولرسوله، ولا تنتقل إلى أفراد هذا الجيش، ولا تُوزَّع عليهم توزيع الغنائم، وبذلك لا تتركَّز الثروة في أيدي الأغنياء، ويُحرم منها هؤلاء الفقراء الذين يزرعون الأرض.

ومنه كذلك قوله ﷺ في النهي عن لحوم الأضاحي: «إنما نهيتكم لأجل الدافة»، وقوله ﷺ في الأعرابي الذي وقعت به راحلته وكان محرمًا ومات: «لا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيبًا، فإنه يبعث يوم القيامة ملبيًا»، وهو صريح في التعليل في تقدير الغزالي والشافعية، فيطرد حكمه في تكفين كل محرم؛ ولذا لا تُخمر رأسه ولا يقرب طيبًا، لحرمة ذلك على المحرم بالحج أو العمرة؛ لأنه سيُبعث على حاله الذي كان عليه عند وفاته فيأتي ملبيًا، ولا يرى الأحناف والمالكية هذا الرأي في تفسير الحديث، ويرون أن هذه حالة خاصَّة بهذا الأعرابي، فلا تتناول غيره، فيجري تكفين المحرم كتكفين غيره في تخمير الرأس والتطيب.

ج - **الإيماء والتنبيه والاستنباط من دلالات النصوص المختلفة**، ولا

يفترق هذا المسلك عن سابقه إلا في أن استنفاده العلَّة بالنصِّ يكون بغير اجتهادٍ أو استنباط، على حين تتمُّ الاستفادة في هذا المسلك بوجه الاستنباط من النصِّ.

ومن أمثلة هذا المسلك ترتيب الحكم على فعلٍ معيَّن بفاء التعقيب، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فإن الحكم بقطع اليد مترتبٌ على فعل السرقة بفاء التعقيب، فدلَّ على أن الفعل هو العلَّة في الحكم. ومنه كذلك قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»، فدلَّ على أن ملكيَّة الأرض مترتبةٌ على فعل الإحياء.

ومن أنواع هذا المسلك أن يعلم النبي ﷺ أمرًا فيحكم عليه بحكم، فيدل هذا على تعلُّق علَّة الحكم بهذا الفعل. ومثاله مجيء أحد من صحابته إليه وقوله له: أفطرت يا رسول الله، فيرد عليه بإيجابه الكفارة، فيكون هذا تنبيهًا على أن العلَّة في وجوب الكفارة هي هذا الإفطار الذي سأل عنه الأعرابي بمواقعة أهله في نهار رمضان.

ومن أنواعه كذلك أن يذكر الشارع في الحكم وصفًا دون أن يصرح بالتعليل به، ولكن لو قُدر هذا الوصف غير مؤثر لكان ذكره خاليًا عن الإفادة ولم يظهر لذكره فائدة، فيكون ذكر الوصف تنبيهًا على أنه العلَّة. من ذلك أنه ﷺ سُئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا جفَّ؟ فقيل: نعم، فقال: فلا إذن. ذلك أنه يبعد ألا يكون الرسول ﷺ قد علم أن الرطب ينقص بالجفاف، فكان النقصان بالجفاف هو العلَّة التي بنى عليها الرسول ﷺ تحريم بيع الرطب بالتمر، وجريان الربا في مثل هذه المبادلة؛ لأن الشرط في صحَّة مبادلة المتماثلين من الأصناف الربويَّة هو العلم بالتماثل، ويفسد هذا العلم بالنقصان المشار إليه في السؤال عند الجفاف.

ومن هذا المسلك أن يفرق الشارع بين شيئين في الحكم بذكر صفة فاصلة تفرق بينهما، فيفيد التنبيه على أن الوصف الفارق هو العلَّة. مثاله أن القريب وارثٌ ولكن القاتل لا يرث، فيفيد ذلك أن القتل هو الوصف الفاصل وهو الموجب للحكم. وقد يرد في النص الواحد طرفا المقارنة كقوله: «للراجل سهم وللفارس سهمان»، فدلَّ ذلك على أن المؤثر في التفضيل هو هذه التفرقة، وأن

المقاتل راجلًا يستحقُّ سهمًا واحدًا عند توزيع الغنيمة على حين يستحقُّ المقاتل الفارس سهمين.

د - **الاستدلال على كون الوصف عِلَّةً بالمناسبة بينه وبين الحكم،** وتعرف مناسبة الوصف للحكم بارتباطه بالمقاصد والمصالح المعتبرة شرعًا، ولا يوافق أبو زيد الدبوسي على هذا المسلك، ويوجب الاقتصار على المسالك السابقة، بحجَّة أن المناسبة «أمر باطن لا يمكن إثباته»، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الوثوق بما تقرر من أحكامٍ بناءً عليها.

وينتقد الغزالي هذا الرأي، ويرى إمكان التعليل بمجرَّد المناسبة بين الوصف والحكم؛ لأنه مما لا شكَّ فيه أن الشرع قد راعى المصالح واعتبرها في أحكامه، وكذا فإن سلوك الصحابة في استنباط الأحكام دالٌّ على اعتبار المناسبة في التعليل. والمناسبة في تعريف الغزالي لها عبارة «عمَّا يشير إلى أوجه المصالح وأماراتها، وترجع هذه المصالح إلى جلب منفعة أو دفع ضرر، والحاوي لذلك أن المناسبة ترجع إلى رعاية أمر مقصود».

ولذلك يجري التعليل لوجوب القصاص بالقتل العمد العدوان للمناسبة بينهما، حيث يؤدي هذا التعليل إلى تحقيق المصالح التي أرادها الشارع، ومنه الحكم بعدم ضمان خمر المسلم بإتلافها لإهدار قيمتها في حقِّه، حيث يتناسب الحكم بعدم الضمان مع وصف إهدار قيمتها، ومنه الحكم بوجوب المتعة للمطلَّقة لتخفيف ألم التطليق.

هـ - **السَّبْر والتقسيم**: والتقسيم معناه حصر الأوصاف الصالحة للتعليل وجمعها، والسبر معناه اختبار هذه الأوصاف لاستبعاد ما يدلُّ الدليل على عدم اعتبار الشارع له في بناء الحكم عليه. من ذلك أن تقول الخمر محرَّمة، وهذا التحريم إما لكونها سائلةً، أو لطعمها الخاصِّ، أو للونها، أو لتأثيرها في العقل بالإسكار، أو لأنها مما يستغني عنه الإنسان في حياته ولا يحتاج إليه. وهذا الحصر للأوصاف التي يُحتمل أن تكون عِلَّةً للحكم هو ما يطلق عليه التقسيم؛ لأنك تقول: إمَّا لكذا، وإمَّا لكذا، وإمَّا لكذا. وإذا انتقلت إلى الوجه الثاني وهو السَّبْر أو الاختبار لاستبعاد ما لم يعتبره الشارع في التعليل، فإنك تستبعد احتمال الحكم بالتحريم لعلَّة السيولة؛ لأن كثيرًا من الأشياء السائلة غير

محرَّمة شرعًا. ويصدق هذا على الطعم الخاص، واللون الخاص، وإمكان الاستغناء عنها؛ لأن هذا كلَّه مما لم يُعهد في الشرع التعليل به، فلا يبقى إلا أن تكون علَّة التحريم هي التأثير الذي تحدثه الخمر، وهو الإسكار.

و - **إثبات كون الوصف علَّةً بالاطراد والانعكاس**، وهو الملقَّب بالدوران أو الجريان. ومعنى الاطراد أن يوجد الحكم عند وجود الوصف المفترض كونه علَّةً، ومعنى الانعكاس غياب الحكم عند غياب هذا الوصف. ووجه دلالة الاطراد والانعكاس بين الوصف والحكم على العلِّية أن الاقتران بينهما في الوجود والعدم دليلٌ على قيام علاقة السببيَّة بينهما وأن أحدهما سببٌ في الآخر.

ولكن يحذِّر الغزالي من الثقة بهذا المسلكِ في كل الأحوال، فإن هناك بعض الأوصاف التي قد تلازم العلَّة ولا تصلح أن تكون بذاتها علَّةً. من ذلك أن الرائحة المخصوصة للخمر مقرونةٌ بشدَّتها، ويزول التحريم عند زوالها، ويوجد بوجودها، وليس بعلَّة؛ بل هي مقترنة بالعلَّة. ولذا يشترط الغزالي في الاستدلال بهذا المسلكِ على العلِّية أن ينضمَّ إليه السَّبْرُ والتقسيم أو أي أسلوبٍ آخر يعضِّد تأثير الوصف في الحكم أو مناسبته له. وصورة انضمام السَّبْر والتقسيم إلى الطرد والعكس أن نجمع الأوصاف الدائرة مع الحكم طردًا وعكسًا ثم نختبر تأثيرها في الحكم، فإن بطلت جميعها وبقي واحد منها، كان هو العلَّة.

ومن أمثلة ذلك أن يقول الأحناف في الصبي المميز: إن العقود تنعقد بعبارته؛ لأنه عاقلٌ مميز فساوى البالغ، ولهم أن يستدلوا على ذلك بأسلوب الطرد والعكس، ذلك أن صحَّة العبارة حقٌّ للعاقل، ولو جُنَّ لم يعدم إلا العقل والتمييز وزالت قدرته على عقد العقود، كما أنه إذا أفاق لم يتجدَّد إلا العقل وصحَّت العقود بعبارته؛ ولذا فقد وجد الحكم بوجود وصف التمييز وانعدم بعدمه. غير أن الغزالي الشافعي يردُّ هذا المثال بعينه على الأحناف، مؤكدًا أنهم توصلوا بالطرد والعكس إلى جزء العلَّة، وهو التمييز دون علَّة التكليف العامَّة، فلا تسلم لهم نتيجتهم لإهمالهم حصر التقسيم وشموله لكل الأوصاف المحتملة للتعليل بها.

ويتضح هذا المسلك كذلك بأن تحريم الخمر للإسكار، ويدور الحكم مع هذا الوصف وجودًا وعدمًا، فإذا صارت الخمر إلى الخليَّة ولم تعد تؤثر في العقل بالإسكار صارت حلالًا، وإذا اشتدَّ العصير وصار مؤثرًا في العقل بالإسكار صار إلى الحرمة، وهذا هو معنى الدوران.

ز - **تنقيح المناط**: من مسالك العلَّة تنقيح المناط، والتنقيح معناه التهذيب وحذف بعض الأوصاف التي لا يصحُّ التعليل بها، والمقصود بالمناط العلَّة؛ لأنها هي التي أناط بها الشارع الحكم، أي ربطه بها وعلَّقه عليها.

ويعرِّف الإمام الآمدي هذا المسلك بقوله: «أما تنقيح المناط فهو النظر والاجتهاد في تعيين ما دلَّ النصُّ على كونه علَّةً من غير تعيين بحذف ما لا مدخل له في الاعتبار مما اقترن به من الأوصاف».

ويمثل لتنقيح المناط ما ذكره من التعليل بالوقاع في قصَّة الأعرابي، فإنه وإن كان مومأً إليه بالنصِّ غير أنه يفتقر إلى استبعاد الأوصاف الأخرى التي لا تصلح للتعليل، من كونه أعرابيًا، وكونه شخصًا معينًا، وأن هذا الذي حدث منه في يومٍ معيَّن من الشهر، أو في شهر رمضان من هذه السنة بخصوصها، وكون الوقاع حدث مع زوجته؛ فإن هذه الأوصاف كلَّها لا تصلح للتعليل، فيجري استبعادها وحذفها للإبقاء على الوصف الذي يصلح لتعليل الحكم بالكفارة، وهو الوطء في نهار رمضان من مكلَّفٍ صائمٍ، حتى يتعدَّى ذلك الحكم إلى كل شخصٍ يفعل هذا الفعل.

ويوضِّحه كذلك من مجال الحكم بالتفليس أنه قد ثبت التعليل لهذا الحكم بالمُطل (الممانعة في الوفاء بالدَّين). غير أن هناك عددًا من الأوصاف التي قد يظنُّ إناطة الحكم بها، وكونها علَّةً له، من ذلك صفة التاجر حتى يستبعد الحكم بالتفليس في الأحوال المدنية أو الملاءة واليسار حتى لا يحكم بتفليس غير المعسر، أو الرشد، أو عدم وجود كفيل، أو غير هذا من أوصافٍ يصل المجتهد بتنقيحها إلى استبعادها جميعًا، فيقوى التعليل للحكم بالتفليس للمُطل والامتناع عن الوفاء بالدَّين، ويثبت النَّسَب بالزوجية، فهذا هو مناط هذا الحكم، ولا يلتفت إلى غيره.

ويختلف تنقيح المناط عن تحقيقه وتخريجه: فالتنقيح هو استبعاد الأوصاف التي لا تصلح لتعليل الحكم بها لاستبقاء الوصف الذي يصلح للتعليل به. أما تخريج المناط فهو الاجتهاد لاستنباط العلَّة التي لم ينص عليها بالمناسبة أو السَّبْر والتقسيم. من ذلك ورودُ النصِّ بحرمة الربا في القمح، وأوصافه متعدِّدة، منها أنه حَبٌّ، مدَّخر، مطعوم، أصفر، قوت الناس، مقدَّر تقديرًا منضبطًا بالكيل أو الوزن، فتُستخرج العلَّة من بين هذه الأوصاف بالسَّبْر والتقسيم، ونصير إلى أن علَّة تحريم الربا فيه هي التقدير بالكيل أو الوزن.

وأما تحقيق المناط، وهو الاجتهاد العملي، فهو التحقُّق من وجود علَّة الأصل في الفرع، بإقامة الدليل على ذلك. ولذا فإنه إذا عرض له البحث في التعامل في الأرز، وهل تصحُّ الزيادة فيه، كان عليه أن يبحث عن وجود علَّة التقدير فيه، فإن وجد تحقُّقها فيه حكم بحرمة الربا أو الزيادة عند التعامل فيه. ولذا لا يصحُّ أن يبيع عشرين طنًّا لشخصٍ على أن يأخذها منه ثلاثين بعد سنة، وتُعَدُّ هذه الزيادة من قبيل الربا؛ وذلك لتحقُّق مناط تحريم الربا فيه، وهو التقدير مع وحدة الجنس.

ومن ذلك أنه إذا حكم بقطع يد السارق، وكانت العلَّة هي أخذ مال غيره خفية، فهل تتحقَّق هذه العلَّة في النبَّاش للقبور الذي يأخذ أكفان الموتى ومتعلقاتهم؟ قد يختلف في إدراك تحقُّق المناط (العلَّة) في ذلك، بحيث يذهب البعض إلى تحقُّق المناط في أخذ الأكفان، فيحكم بقطع يد النبَّاش، ويعامله معاملة السارق، على حين قد لا يجد بعض آخر من الفقهاء تحقُّق مناط الحكم بوجوب حدِّ السرقة في فعله. ومنه كذلك التفكير في حكم سرقة التيار الكهربائي، فإنه مالٌ للغير جرى أخذه خفية، فهل يسري عليه حكم السرقة لتحقُّق علتها في هذه الجريمة؟ أو أن هذا الفعل لا تنطبق عليه أحكام السرقة الحديَّة، ولا يتحقَّق مناطها فيه؟

ومن هذا يتضح أن هناك فرقًا بين تنقيح المناط وتخريجه وتحقيقه على النحو الذي جرى توضيحه.

(١٠) أنواع القياس:

ينقسم القياس بالنظر إلى تحقُّق العلَّة في الأصل والفرع إلى الأقسام التالية:

أ - **قياس الأَوْلَى**: وهو الذي تتحقَّق علته في الفرع بأوضح من تحقُّقها في الأصل المقيس عليه. من ذلك أن درجة الخطورة في تكوين تشكيلٍ عصابيٍّ بقصد السرقة أبلغُ من مجرَّد ارتكاب السرقة، فأَوْلَى أن تكون العقوبة أشدَّ. ولا شكَّ كذلك في أن اغتصاب المولى عليها أبلغُ في الإجرام من اغتصاب الأجنبيَّة، فيلزم أن تكون العقوبة أشدَّ.

وقد نبَّه الشافعي إلى هذا النوع من القياس بقوله: «فأقوى القياس أن يحرِّم الله في كتابه أو يحرِّم رسولُ الله القليلَ من الشيء، فيُعْلَمَ أن قَلِيلَه إذا حُرِّم كان كثيرُه مثلَ قليلِهِ في التحريم أو أكثرَ، بفضلِ الكثرةِ على القِلَّة... وكذلك إذا أباح كثيرَ شيءٍ كان الأقلُّ منه أَوْلَى أن يكون مباحًا»[٧٦]. ويمثِّل لهذا النوع من القياس بأن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرَّم من المؤمن دَمَهُ وماله، وأن يُظَنَّ به إلا خيرًا»، فإذا حُرِّم على المسلم مجرَّد الظنِّ المخالف للخير بأخيه المسلم كان إظهار ما هو أكثر من الظنِّ السيئ، مما يدخل في باب التصريح أَوْلَى أن يُحرَّم. ومنه كذلك أنه إذا حدَّد الموكل ثمنًا معينًا يشتري به الوكيل منزلًا، فاشتراه بثمنٍ أقلَّ جاز تصرفه؛ لأن له أن يجاوز حدود الوكالة بما هو الأنفع للموكل، ويلزمه الشراء بداهةً من باب أَوْلَى.

وهذا ما تفيده المادة (٧٠٣) مدني مصري، والمادة (٨٤٠) مدني أردني. وإذ لا يجوز للمستأجر إحداث تغيير في العين المؤجَّرة دون إذن المؤجِّر، فيما نصَّت عليه المادة (٥٨٠) مدني مصري، والمادة (٦٩٤) مدني أردني، فإنه لا يجوز له هدم شيء منها أو تعييبه من باب أَوْلَى كذلك.

ب - **قياس التسوية**: وهو أن يكون ظهور العلَّة في الفرع مساويًا لظهورها في الأصل. من ذلك أن الشرع أوجب على الوالد الإنفاق على ولده إن لم يكن

---

(٧٦) الرسالة للشافعي، ص٥١٢.

له مالٌ، فيقاس عليه وجوب النفقة على الولد لوالده الفقير إذا لم يستطع الإنفاق على نفسه؛ لأنه السبب في وجوده[77]. ومنه أن ما يضمن بالإهمال والتقصير مضمونٌ بالضرر الناشئ عن الرعونة والطيش. ويحقُّ للقاضي إنقاص الالتزام فيما لو تمَّ العقد بطريق الإذعان، وتضمَّن شروطًا تعسُّفية، طبقًا لما جاءت به المادة (١٤٩) مدني مصري، والمادة (٢٠٤) مدني أردني، قياسًا على الاحتكار الذي يمكن للقاضي التدخل للبيع على المحتكر بالثمن العادل، منعًا للضرر.

ج - **قياس الأدنى**: وهو أن يكون تحقُّق العلَّة وظهورها في الفرع أدنى منها في الأصل. من ذلك قياس ميراث الجدَّة على الأُم، وبنت الابن على البنت. ومنه كذلك قياس القتل بالمثقل، أي باستخدام العصا الغليظة، والحجر الكبير، على القتل بآلة محدَّدة عند من لم يفرق بينهما بالنظر إلى النتيجة، وهي القتل[78]. غير أن من الواضح أن نيَّة العمديَّة أوضحُ في استخدام القاتل آلة معدَّة لإحداث القتل بطبيعتها. وهو مذهب المالكية وبعض الفقهاء. ومنه كذلك وجوب بذل العوض في البيع والإجارة، والعمل في المضاربة والمزارعة والمساقاة، والحرمان من الميراث والوصية بأنواع القتل المختلفة.

د - **قياس الشَّبه**: يوجب الجويني الاعتناءَ بتصوير قياس الشبه وتمييزه عن قياس المعنى والطرد[79]. وعُني به الغزالي، وأفرد له بابًا خاصًا، تناوله فيه من حيث التعريف والحجيَّة. أما تعريفه فهو عنده: «الجمع بين الفرع والأصل بوصف، مع الاعتراف بأن ذلك الوصف ليس علَّةً للحكم. بخلاف قياس العلَّة، فإنه جمع بما هو علَّة الحكم. فإن لم يرد الأصوليون بقياس الشَّبه هذا الجنس، فلستُ أدري ما الذي أرادوا، وبمَ فصلوه عن الطرد المحض والمناسب»[80].

---

(٧٧) الرسالة للشافعي، ص٥١٤.

(٧٨) مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ)، (٨/ ٣١)؛ وبداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٤٣٣).

(٧٩) البرهان (٢/ ٨٥٩).

(٨٠) المستصفى (٢/ ٣١١).

وقد ذهب معظم الفقهاء فيما يحكيه الأستاذ والتلميذ إلى «قبول قياس الشَّبه، والقول به» بالنظر إلى وجوب وجود حكم شرعيٍّ في كل واقعة، وأن الإخالة والمناسبة لا تكفي أكثر من عُشر الوقائع فيما يعرفه: «مَنْ مارس مسائل الفقه وترقَّى عن رتبة الشادين فيها، ونظر في مسالك الاعتبار»[٨١]. ولذا فإن وجوب تحديد العوض في البيع والإجارة يوجب تحديده في الوكالة بالأجرة، كما يوجب تحديد الموصى به والمصالح عليه. وتُغتفر الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة في البيوع والإجارة والمزارعة للشَّبه في كل ذلك.

وتوجب هذه الضرورة المنهجيَّة الانتصار لقياس الشَّبه، حتى لا يعمد أيٌّ من الجويني والغزالي إلى البحث في النصوص عمَّا يؤيد العمل بقياس الشَّبه. ويحقِّق الوقوف على أهمية قياس الشَّبه فوائدَ عديدةً للنظر الأصولي في القياس، من بينها معرفة الهدف من الإسراف في مبحثي التعليل والمناسبة، رغم ضعف الأهمية العملية لقياس العلَّة التي لا تزيد عن عُشر العمليات القياسية، مع ضعف الاهتمام بقياس الشَّبه الذي اكتشفنا للتوِّ تضاعف أهميته العملية، وتغطيته قريبًا من تسعة أعشار هذه العمليات.

وقد أدى انعدام التوازن في التناول الأصولي للقياس إلى الإطناب في بحثِ كثيرٍ من الجزئيات التي لا طائل من ورائها من الوجهة العملية، وإلى التشتُّت في تكوين الصورة الكليَّة من هذه المنمنمات المتناثرة والجذابة في حدِّ ذاتها. ويقترب الفكر الأصولي في اعترافه بقياس الشَّبه من نظرية القياس في القانون الأنجلو-أمريكي، على ما تقدَّمت الإشارة إلى بعض أمثلته.

(١١) أحكام القياس:

١ - **القياس في الحدود والكفارات:** لا يجيز الأحناف القياس في الحدود والكفارات؛ لاشتمالها على تقديراتٍ لا تخضع للعقل، كعدد المائة في الجلد على الزنا، والثمانين جلدةً في القذف؛ إذ لا يستطيع العقل إدراك

---

(٨١) البرهان (٢/ ٨٧٢).

الحكمة في خصوص هذا العدد، والقياس فرع تعقُّل المعنى في حكم الأصل ليمكن تعديته إلى الفرع بعد إدراك وجود المعنى نفسه فيه. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز في هذا المذهب إلحاق النبَّاش بالسارق واللائط بالزاني في إيجاب العقوبة الحديَّة للسرقة والزنا على فعليهما. كذلك فإن الكفارة تجب في القتل الخطأ ولا تتعدَّى ذلك إلى الوجوب في القتل العمد(٨٢).

ويجيز الشافعي القياس في الحدود والكفارات، والقاعدة عند الشافعية أن: «كل حكم شرعيٍّ أمكن تعليله فالقياس جائز فيه»(٨٣).

ويستند الشافعية في هذا إلى أن الصحابة أجروا القياس فيما أمكن تعليله، ولم يفرقوا بين حكمٍ واحدٍ في هذا. ولذا فإنهم حكموا بحدِّ الشرب ثمانين جلدةً قياسًا على حدِّ القذف، وقالوا في ذلك: إذا سكر هذي، وإذا هذي افترى؛ فجعلوا حدَّه حدَّ المفتري وهو القاذف. وكذا قاس الصحابة مانعي الزكاة على المرتدين في وجوب قتالهم.

ويترتب على هذه القاعدة عند الشافعية الحكم بوجوب الكفارة على القاتل العمد قياسًا على وجوبها على المخطئ، وقال الشافعي في ذلك: «إذا وجبت الكفارة في الخطأ، ففي العمد أوجب»(٨٤). وكذلك فإنهم يوجبون عقوبة شرب الخمر (ثمانين جلدةً) على من شرب النبيذ ولو لم يسكر، خلافًا للأحناف في هذا. وعندهم أن شرب النبيذ لا يوجب الحدَّ إلا بالسُّكْر، والجريمة عندهم في الرشفة التي سبَّبت السُّكْر.

٢ - **القياس على المعدول عن القياس**: إذا كان حكم الأصل معدولًا عن القياس، جاز أن يقاس عليه ما في معناه عند الشافعي خلافًا للأحناف الذين يمنعون القياس على الخارج عن القياس. والقاعدة التي أتت بها المجلة في

---

(٨٢) تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٩٩) وما بعدها، ومسلم الثبوت (١/ ٤٠٩)، وتيسير التحرير (٤/ ١٠٤).

(٨٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، تحقيق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ)، ص١٢٢.

(٨٤) نفسه، ص١٣٢.

المادة (١٥) أن ما جاء على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه. وقد جاءت المادة (٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٢١) من القانون المدني الأردني بنصِّ مادة المجلة. وعلى سبيل التمثيل، فإن الحكم بالشفعة في البيع جاء على خلاف الأصل في التعاقد المبنيِّ على الرضا، فلا يقاس عليه إيجاب الشفعة في الإجارة أو المساقاة أو المزارعة.

ومذهب الأحناف أن القياس يقتضي وجود أصلٍ يقاس عليه، أما الاستثناء فليس أصلًا، ولا يجوز القياس عليه. ولذا فإن المنافع ليست أموالًا عندهم؛ لأنها تُدخر لوقت الحاجة، وتحدث شيئًا فشيئًا، لكنها متقومة، وتكتسب هذا التقوُّم بالتعاقد، كما في الإجارة. غير أن الإجارة ثبتت على خلاف القياس لحاجة الناس، فلا يجوز قياس تقويم المنافع بغصبها على تقويمها بالعقد والاتفاق. ولذا لو غصب شخص دارًا وسكن بها عامًا دون عقد، وسلَّم الدار كما أخذها لم يكلَّف دفع الأجرة؛ لأنه سكنها دون عقد، ولا يضمن الأجرة قياسًا على ثبوتها لو كان هناك عقد إجارة؛ وذلك لأن الإجارة ثبتت على خلاف القياس، فلا يقاس عليها.

وكذا فإن الدية ثبتت على العاقلة على خلاف القياس؛ لأن الأصل أن يتحمَّل كلُّ إنسانٍ نتيجة فعله هو لا نتيجة فعل غيره؛ ولذا تحمل العاقلة ما دون أرش الموضِحة (عُشر الدية) عند الأحناف؛ لأنه إذا ثبت تحمُّل الدية على العاقلة على خلاف القياس لم يجز تحميل الواجب في الموضِحة (الجرح الذي أبان العظم) على سبيل القياس؛ لأنه لا يقاس على الثابت استثناء.

أما الشافعية فلا يمنعون من إجراء القياس على الأصل الثابت باستثناء أو على سبيل الترخيص؛ لذا فإنهم يوجبون الضمان على من غصب منفعة، وتتقوَّم عندهم بالعقد أو بالتعدي، والاستيلاء عليها بغير إذنِ مالكها. وكذا فإن العاقلة تتحمَّل الدية وتتحمَّل ما دون أرش الموضِحة كذلك.

ومذهب الشافعية أن الخروج على إحدى القواعد الشرعية والاستثناء من هذه القواعد ليس إلَّا استنادًا لقاعدة أخرى غير القاعدة المستثنى منها، سببه فيما ذكره الزنجاني: «أن قواعد الشرع بأسرها تتلاقى في قضايا عامَّة، لكن كل

قاعدة انفردت بخاصيَّة تخالف خاصيَّة القاعدة الأخرى، وتلك الخصائص مبناها على التغاير والاختلاف»[85].

٣ - تخصيص عموم الكتاب بالقياس: تخصيص عموم الكتاب بالقياس جائز عند الشافعي خلافًا للأحناف في ذلك. ومستند الشافعية أن القياس دليل شرعيٌّ معمول به، فوجب أن يجوز التخصيص به، قياسًا على خبر الواحد وعموم الكتاب، ولأنَّا إذا خصَّصنا العموم بالقياس فقد عملنا بالدليلين جميعًا. أما إذا أعرضنا عن القياس وجرينا على مقتضى عموم الكتاب والسُّنة، فإنه يؤدي إلى العمل بأحد الدليلين وتعطيل الآخر.

ويخالف الأحناف في هذا ويرون أن التخصيص كالنَّسْخِ في أن كلَّ واحدٍ منهما إسقاطٌ لموجب اللفظ وحكمه.

ويتضح ذلك في أن الشخص المباح الدَّم إذا دخل الحرمَ لم يعصمه اللجوء إليه، طردًا للقياس في أنه ارتكب جريمةً تستوجب قتله، فلا يعيذه الحرم من تنفيذ العقوبة عليه.

ويخالف الأحناف، ويرون أن قوله تعالى في الحرم ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًاۗ﴾ [آل عمران: ٩٧] من صيغ العموم، فلا يُخصَّص ذلك بغير نصٍّ يماثله في قوة الثبوت والدلالة؛ ولذا فإن مَن يدخل الحرم يصير آمنًا ولا يستطيع أحدٌ الهجوم عليه أو اقتياده للخروج من الحرم رغمًا عنه.

٤ - خبر الواحد إذا خالف القياس يُقدَّم على القياس عند الشافعي، واحتجَّ في ذلك بأن الخبر أقوى من القياس؛ لأن الخبر قول النبي ﷺ، والقياس قول المجتهد. وقوله ﷺ معصومٌ من الخطأ وقول المجتهد ليس بمعصوم. ويخالف الأحناف في هذا ويرون تقديم القياس على الخبر عند تعارضهما.

يوضِّحه أن الشافعية يذهبون إلى أن «ذكاة الجنين ذكاة أمِّه»، ومعناه أن الجنين يتذكَّى بذكاة أمِّه، لحديث أبي سعيد الخدري أن جماعة أتوا رسول

---

(٨٥) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص١٨٢.

الله ﷺ وقالوا: إنا ننحر الإبل ونذبح الشاة ونجد في بطنها جنينًا ميتًا أفنلقيه أو نأكله؟ فقال: «كلوه، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمِّه».

وخالف الأحناف في هذا وذهبوا إلى أن الجنين لا يتذكّى بذكاة أمِّه تقديمًا للقياس على الخبر المذكور؛ ذلك أن القياس يدلُّ على أن الجنين الذي لم يستكمل يشبه أن يكون دمًا مستخبثًا، فلا يحلُّ؛ لأن كل مستخبثٍ لا يكون حلالًا، فلا يحلُّ ما دام لم ينفصل عن هذه الحالة، فيما هو القياس.

(١٢) القياس في القانون المدني:

لا يحقُّ للقاضي إذا لم يجد نصًّا في التشريع أن يتوقَّف عن الحكم في القضية المعروضة عليه بحجَّة سكوت القانون عنها، حتى لا يقع تحت طائلة المادة (١٢٢) عقوبات التي تنصُّ على مجازاة القاضي الذي يمتنع عن الحكم، ولو احتجَّ بعدم وجود النصِّ، أو بخفاء مدلوله. وعليه أن يحكم بالبراءة في القضايا الجنائية إذا لم يجد نصًّا يجرِّم فعل المتهم ويعاقبه.

ولا يعني هذا وجوب وقوف القاضي عند المعنى الحرفي للنصوص الجنائية، وإنما عليه أن يعمل على تفسيرها بالبحث عن مدلول هذه النصوص وفحواها وقَصْدِ المشرِّع، بما يشبه المنهج الظاهري في الاستدلال. وهذا هو المنهج الواجب الاتباع في تفسير النصوص المدنية الاستثنائية.

أما إذا لم يجد القاضي نصًّا في القانون المدني، فإن عليه أن يجتهد عن طريق القياس، أو بالرجوع إلى مصادر القانون الأخرى المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون، وهي: العرف أولًا، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ورغم ما قد يتجه على ترتيب هذه المصادر وتكرار بعضها بالنظر إلى إغناء المبادئ العامَّة للشريعة الإسلامية، كالعدل والمساواة ورفع الضرر والتيسير والمسؤولية، عن مبادئ القانون الطبيعي، فإن إعمال القياس مقدَّم على اللجوء إلى هذه المبادئ؛ بحكم اقترابه من النصِّ نفسه، وإعماله له، مما يجعله مجرَّد تفسيرٍ للنصِّ.

ولا يوافق البعض على اعتبار القياس مجرَّد تفسيرٍ للنصِّ، «وإنما هو أقرب إلى أن يكون إنشاءً للقواعد القانونية، ولا محلَّ للإنشاء إلا عند العدم، فيتعيَّن على القاضي ألَّا يلجأ إليه إلا إذا كانت الحالة المعروضة عليه ليس لها حكمٌ لا في التشريع فحسب، بل ولا في العرف أيضًا»، ولا في المصادر الأخرى المنصوص عليها[٨٦].

ومن أمثلته أن المادة (٢٢٧) مدني قديم كانت تنصُّ على أن: «المحررات غير الرسمية تكون حجَّةً على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء». ويقصر هذا النصُّ حجيَّة المحررات غير الرسمية على الأشخاص الذين يثبت على وجه القطع صدورها منهم. وتلتحق به حجيَّة المحررات المبصوم عليها بإصبع المتعاقد؛ لثبوت صدورها منه على وجه القطع كذلك[٨٧]. وتقاس بهذا حجيَّة المحررات المبصومة، وهي الفرع، على المحررات الممضاة، وهي الأصل، والحجيَّة هي الحكم، والعلَّة هي ثبوت الصدور من المتعاقد على وجه القطع. ومن ذلك قضاء المادة (٥٤٣) مدني قديم ببطلان الاتفاق في عقد الرهن على تملُّك الدائن العين المرهونة بمجرَّد عدم الوفاء بالدَّين متى حلَّ أَجَلُه. ويقاس على ذلك الحكم ببطلان الاتفاق على بيع المدين الدَّين إلى المرتهن، دون التقيُّد بالإجراءات المقررة للبيع الجبري[٨٨]، والعلَّة هي حماية المدين من استغلال الدائن ضعفه في الحال المقيس عليها والفرع المقيس.

(١٣) الخاتمة:

قدَّم القياس أدوارًا بالغة الأهمية في نموِّ النظام الإسلامي القانوني الإسلامي؛ إذ كان إحدى الأدوات التي يسَّرت لنصوص القرآن والسُّنة أداءها لوظائفها التشريعية العملية بأقصى طاقاتها الممكنة، وذلك بتوليد أحكام

---

(٨٦) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة السادسة، (١٩٨٧م)، (١/ ٣٧٠).

(٨٧) نفسه (١/ ٣٧٠-٩٠٣) وما بعدها.

(٨٨) نفسه (١/ ٣٧٣).

المسكوت عنه الحادث على التوالي بمنطوق هذه النصوص وفحواها وما تولّد عنها من فروعٍ وجزئياتٍ.

لقد يسّر القياس الاحتشاد المنطقي والعقلي للدفع بالمعطيات التشريعية الكامنة في النصّ إلى آفاقٍ بعيدة. وقد احتاج القضاة والفقهاء إلى عدّة عقودٍ قبل اكتشاف مصطلحه الدالّ عليه، فتضاعفت قدرات هذا المنهج على القيام بوظيفته التشريعية في ضبط العمل بالرأي المطلق، وتقليل الهجوم عليه في مواجهة أهل الحديث.

وقد هدأ هذا الجدل الحادُّ بين مدرستي المدينة والكوفة حول إعمال الرأي المطلق بعد ضبطه بالقياس في القرن الثاني الهجري، وكان مالكٌ في الحقيقة هو الذي أنهى هذه الجفوة بين المدرستين فيما يظهر من تتلمذ محمد بن الحسن الشيباني عليه، وتنقُّل الشافعي بين المدرستين.

وبهذا تضاعفت دوائر المناصرين للقياس، حتى استعيد تصوير كثيرٍ من الوقائع التاريخية والتشريعية بعد اكتشاف هذا المنهج، سواء في سُنَّة الرسول ﷺ أو بعد وفاته، على ضوء الابتهاج بنجاحه في وظيفته التشريعية، دون أيِّ بديل له؛ فالقبلة لا تفطر الصائم قياسًا على المضمضة، واختيار أبي بكر خليفةً لتدبير شؤون الدنيا مقيسٌ على اختيار النبيِّ له للإمامة في الصلاة.

ودفعت أجواء الصراع المستمرة بالشافعي إلى نوعٍ من الضبط المحكَم للقياس، بالعمل على تأكيد التماثل الجوهري بين الفرعِ والأصل؛ إذ الواجب عنده أن يلتحق الفرع بالأولى شبهًا به. وألهم التأكيد على فكرة «التماثل الجوهري» والمشابهة القوية إبراز أهمية التعليل والبحث عن مسالكه العلمية المتأثرة في صياغاتها بالتقدُّم المنطقي في مجال آليات المنهج التجريبي، وتأكيد المناسبة بين العلّة والحكم، فيما يمكن أن يكون أهمَّ ما أضافته الأجيال التالية على الشافعي في تناول القياس. ويؤرخ ابن حزم لظهور النقاش حول التعليل، فيذكر تأخُّره عن عصر الصحابة والتابعين وتابعيهم[٨٩].

---

(٨٩) الإحكام لابن حزم (٧/ ١١٥).

وأفاد التأكيد على قياس الشَّبه مقابل قياس التعليل في توضيح التفوُّق البالغ للأول في الأهمية العملية، وللأخير في البحث النظري؛ مما أدى إلى اضطرابٍ كبير في صياغة تصوُّر كاملٍ لعمل القياس وقدراته التشريعية والتفسيرية.

ورغم الانتصار النهائي للمؤيدين للقياس، فلا تكفُّ الدراسات الأصولية القديمة والحديثة عن استثارة قصص الصراع القديمة، وتسجيل رأي القائسين ومخالفيهم، في مناسبة الحديث المستفيض عن حجيَّة القياس قبولًا وجحدًا. والذي يجب التأكيد عليه في نهاية المطاف أن القياس لا غنى عنه في استلهام طاقات النصِّ التشريعية، والبناء على ما صاغه القضاة والفقهاء في الأقضيات والفروع.

أما هؤلاء الذين ينكرون القياس، فيضرون كثيرًا بالأدوار التشريعية للنصِّ، ويقعدون في فهمهم له عند معاني ألفاظه وحروفه، مما لا يمكن معه إقامة نظام تشريعيٍّ راسخ رسوخ النظام القانوني الإسلامي. لقد أسهبتُ فيما أسهب فيه التناول الأصولي بغية توضيح الوزن النسبي للفروع التي تناولوها، وتشكيل صورة عامَّة من كلٍّ هذه النمنمات الجذَّابة التي قدَّموها.

وتفيد المقارنة بين القياس الأصولي ونظيره في القانون الأنجلو-أمريكي أمورًا على قدر كبير من الأهمية: أولها تأكيد حجيَّة القياس المعترف بها في النظامين، وأن هذه الحجيَّة مستمدَّة في أساسها من مسيس حاجة المشتغلين بالعمل القانوني في مختلف النُّظُم القانونية إلى إعمال هذا المنهج في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه، ومما هو مركوز في الفطرة الإنسانية كذلك. ولم تفد المهارات الجدلية التي تسلَّح بها الأصوليون في إقناع أحدٍ مثل ابن حزم بإسناد حجيَّة العمل بالقياس إلى النصوص الصريحة. وقد يُعَدُّ العكوف على فكرتي التعليل والمناسبة، والإفاضة فيهما، من أهم ما أضافه الأصوليون المسلمون للتفكير القياسي القانوني؛ وذلك لتحقيق هدفين متكاملين: أولهما ضبط النظر القياسي برباطي العلَّة والمناسبة، مع تأكيد حاكميَّة النصِّ أو الأصل للفرع. وتستلزم هذه الحاكميَّة بالتأكيد تناسب حكم الفرع مع المبادئ الشرعية العامَّة، مثل العدالة والمساواة والكرامة الإنسانية.

ويعتمد القياس في القانون الأنجلو-أمريكي فيما ظهر لي على مجرَّد التماثل الجوهري لإلحاق الفرع بالأصل، على ما اتضح من الأمثلة السابقة.

ويعطي الاعتماد على فكرة التماثل الجوهري قدرًا أكبر من المرونة في العمل القياسي على النحو الذي يحقِّقه قياس الشَّبه.

ويجب التنبيه على أنه لا غنى للمشتغلين المعاصرين بالقانون عن الدراسة الدقيقة لمنهج القياس القانوني في التناول الأصولي، وضوابط عمله.

المصدر الثالث: المصلحة

(١) تقديم:

يرتبط التفكير في المصلحة بالحاجة إلى إشباع الرغبات الإنسانية للأفراد، وبالتطوُّر الاجتماعي؛ فإن الناس «لا تتمُّ مصلحتهم لا في الدنيا ولا في الآخرة إلا بالاجتماع والتعاون والتناصر؛ ولهذا يقال: الإنسان مدنيٌّ بالطبع. فإذا اجتمعوا، فلا بدَّ لهم من أمور يفعلونها يجتلبون بها المصلحة، وأمور يجتنبونها لما فيها من المفسدة، ويكونون مطيعين للآمر بتلك المقاصد والناهي عن تلك المفاسد»[٩٠].

وهذا الآمر والناهي هو القانون الذي يحدِّد روسكو باوند وظيفته الأساسية بالعمل على إقامة التوازن بين المصالح المتصارعة في المجتمع، بتطبيق نوعٍ من الهندسة الاجتماعية لحلِّ المشكلات الفردية والاجتماعية.

ويتحقَّق هذا التوازن بالتأكيد بمراعاة معاني العدل التشريعي والقضائي الذي أكَّده القرآن الكريم بوضوحٍ كاملٍ. وهذا أول ما يلزم التأكيد عليه؛ فالمصلحة بغير عدلٍ انتهازيةٌ وفوضى عارمة، والعدل بغير المصلحة لا وجهة له. والعدل عند ابن تيمية: «نظام كل شيء؛ فإذا أُقيم أمر الدنيا به قامت»[٩١].

وإذ ترتبط المصالح بالدوافع الحياتية، فإن العدل مركوزٌ في العقل والفطرة الإنسانية. ونقتبس هنا هذه العبارة البليغة لابن القيم التي يوضِّح فيها:

---

(٩٠) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٨/ ٦٢).

(٩١) نفسه (٢٨/ ١٤٦).

«أن الله سبحانه فَطَر عباده على استحسان الصدق والعدل والعفَّة والإحسان، وفطرهم على استقباح أضدادها، ونسبة هذا إلى فطرهم وعقولهم كنسبة الحلو والحامض إلى أذواقهم، وكنسبة رائحة المسك ورائحة النتن إلى مشامهم، وكنسبة الصوت اللذيذ وضده إلى أسماعهم، وكذا كل ما يدركونه بمشاعرهم الظاهرة والباطنة، فيفرقون بين طيبه وخبيثه، ونافعه وضاره»[٩٢].

والنتيجة القاطعة التي يصل إليها هذا الفقيه الحكيم أن: «كل خير فهو داخل في القسط والعدل، وكل شرٍّ فهو داخل في الظلم؛ ولذا كان العدل أمرًا واجبًا في كل شيء، وعلى كل أحد، والظلم محرمًا في كل شيء، ولكل أحد؛ فلا يحلُّ ظلم أحدٍ أصلًا، سواء كان مسلمًا أو كافرًا»[٩٣].

وقد التفت ابن القيم كذلك إلى ارتباط الأحكام الشرعية جميعها بمعاني المصلحة والعدل والرحمة، فعنده أن: «الشريعة عدل كلها، ومصلحة كلها، ورحمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة؛ فليست من الشريعة»[٩٤].

ويدلُّ هذا على أن المصالح والحقوق التي رتبتها الأحكام الشرعية في العقود والضمانات والعقوبات مبناها على العدل فيما أشار إليه هذان الفقيهان الكبيران. ويجب ألَّا نغفل في هذا التقديم بناءَ ابن خلدون نظريته في تحضُّر المجتمعات وتقدُّمها أو انهيارها على العدل. وتفيد عبارته الشهيرة أن الظلم مؤذِنٌ بخراب العمران في إدراك ارتباط المصلحة بالعدل الموجب لتقدُّم المجتمعات، والمفسدة بالظلم المفضي إلى انهيارها.

ويلزم إدراك أن التحليق بالمصلحة، وما قد يلتحق بها من استحسانٍ وعُرف، قد يؤدي إلى الابتعاد عن النصِّ قليلًا أو كثيرًا؛ ولهذا انتهى الأصوليون إلى كَبْتِ الأصوات المطالبة بتقدُّمها على النصِّ، والاستقرار على

---

(٩٢) مدارج السالكين لابن القيم (١٨٠/١).

(٩٣) مجموع الفتاوى (١٦٦/١٨).

(٩٤) إعلام الموقعين لابن القيم، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩١م)، (١١/٣).

إعطائها مرتبةً تاليةً له، ولم يسمحوا بإثارة الأسئلة التي تُظهر دور المجتمع في مراجعة دور المفاهيم والمبادئ التشريعية في تحقيق المصالح الاجتماعية، وقياس قدرتها على التأثير في الاتجاهات المتوقعة.

وتوضيحًا لذلك، فإن المذهب المالكي اتجه إلى تمكين المرأة من الطلاق للضرر لمصلحة الزوجة، مما اقتضى تحديد حالات الضرر بالتفصيل، وقياس الدرجة الموجبة للتفريق، والمزايا أو العيوب التي حقَّقها العمل بالمذهب المالكي للزوجة والأسرة، ومدى كفاءة هذا الحل في منع الإضرار بالزوجة، أو وجوب ضمِّ أجزية مالية أو عقابية أخرى إلى التفريق للمنع من الضرر. وبهذا لا يكتفي البحث الفقهي بالنظر إلى النصِّ والاستدلال عليه، وإنما الواجب إذا قبِل الأصوليُّ المصلحةَ أن يثير جميعَ الأسئلة المنهجية المترتبة على هذا القبول.

إنه لا يكفي المنع من سماع الدعوى لتقييد زواج الصغار، فيما انتهى إليه مرسوم (١٩٢٠م) المصري، بالتأسيس على الحق الشكلي أو الإجرائي لوليِّ الأمر في تخصيص القضاء بالزمان والمكان وأنواع القضايا، وإنما يجب النظر - فضلًا عن ذلك - إلى فائدة هذا المنع وأثره في تحقيق النتائج المرغوبة.

لقد قدَّم الأصوليون بعض ما وجب عليهم في التسليم باعتبار المصلحة أصلًا شرعيًّا آخر قام عليه البناء الأصولي والفقهي، وبذلوا جهدًا كبيرًا في الاستدلال على مشروعيته وحجيته، وشروط العمل به، ويبقى التفكير في كيفيات عمله، وآليات تحديد المصالح والمفاسد، والمبادئ أو المفاهيم، وتنميط المصالح والمقاصد الجزئية التي أرادها الشارع في كل مجالٍ من المجالات الفقهية أو القانونية باستقراء النصوص الشرعية والاجتهادات الفقهية المعتبرة، سعيًا إلى تحديد المصالح الواجبة التطبيق في هذه المجالات، وحتى لا يكون الحديث عن المصالح والمقاصد حديثًا نظريًّا في المطلق لا ينبني عليه عمل أو تطبيق، ولا يحقِّق مقولة ابن القيم البليغة: «حيثما كانت المصلحة، فثَمَّ شرع الله».

ومن جهةٍ أخرى، هناك وجه آخر للارتباك في التناول الأصولي للمصلحة، مما يتمثَّل في تمييز البحث فيها عن البحث في المقاصد الشرعية،

رغم أنه لا فارق بينهما إلا في التسمية والمصطلح، مما قد يؤدي إلى إضعافهما معًا. ويبدو توحدهما في أن بعض الكاتبين المعاصرين قد غيَّر عنوان كتابه عن المصلحة إلى المقاصد، دون تغيير في المحتوى. وكذلك فإن ثبتَ المؤلفات في المقاصد لا يفصل بينهما. وقد نبَّه كثيرون من المحدثين إلى عمق الصلة بين المقاصد والمصالح. ويتضح أثرهما العملي في تطوير مباحث السياسة الشرعية، والنظام الجنائي الإسلامي، مما قد نوليه إشارة خاصَّة.

ويتضح مما تقدَّم أن النظر الأصولي إلى المصلحة قد تشكَّل من العمل على ثلاثة محاور:

أولها: التأثُّر بالسلطة المذهبية، حتى يمكن القول بأن هجوم الشافعي على الاستحسان الحنفي والمالكي، الذي كان يقوم بالوظائف الاجتماعية التي عُهِدَ بها إلى المصلحة، هو الذي أدى في النهاية إلى فتح الباب أمام أتباع المذهبين الشافعي والحنبلي لإفراد المصلحة من الاستدلال الذي يتسع لطلب كل دليل، سواء كان منطقيًا أو خاصًا بالفقه.

الثاني: التأثُّر بسلطة النصِّ، مما يطلُّ في الإلحاح على رتبة العمل بالمصلحة، وتأخرها عن النصِّ، وافتعال الهجوم على مَن لا يرى تعارضًا بينهما، بالتوارد على وضعه في إطار من يهمل النصَّ، كي يسهل اقتلاع هذا الرأي.

الثالث: الاعتراف بسلطة المصالح الاجتماعية في إطار سلطتي النصِّ والتمذهب، ويلزم لفهم منطقهم في هذا الاعترافِ النظرُ فيما سكتوا عنه، مما يتعلَّق بالتصنيف الجزئي أو التفصيلي للمصالح المعتبرة، والعلاقات بينها، وطرق تفعيلها. وعلى سبيل المثال، فإن الفساد المالي نتيجةٌ لازمة للفساد الإداري، ولا يمكن تحقيق التقدُّم في المجالات المادية والفكرية مع وجود هذا الفساد؛ إذ إن التخلية مقدمةٌ على التحلية، وما لا يتمُّ الواجب إلا به فهو واجب كذلك. ولا يمكن فهم مشروع المصلحة الأصولي بالنظر إلى ما حققوه فحسب، بل يجب كذلك النظر إلى ما سكتوا عنه.

(٢) تطوُّر النظر إلى المصلحة:

تُطلق المصلحة في تعريفها اللغوي على المنفعة، أو على الفعل الذي فيه صلاح ونفع. ومعنى هذا أن المصلحة في اللغة عبارة عن جلب منفعة أو دفع ضرر، سواء اتفق ذلك مع المبادئ الشرعية أو لم يتفق. وهذا هو الذي يلفت الغزالي النظرَ إليه حين يعرِّف المصلحة بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع ضرر. ولسنا نعني به ذلك؛ فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكلُّ ما يتضمَّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلُّ ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة. وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس»(٩٥).

وفي هذا النصِّ البليغ الذي نقل المصلحة من سياق القياس إلى ما يشبه الاستقلال في التناول، يفرِّق الغزالي بين مطلق المصلحة النسبيَّة التي قد تختلف باختلاف الأشخاص والمصالح المعتبرة في الشرع المتوازنة اجتماعيًّا وخلقيًّا بابتنائها على العدل. ويأتي اعتبارها في الشرع بالنظر إلى المصدر الذي حقق الاعتراف بها، وهو إما أن يكون باستقراء واستنباط، أو بالنصِّ عليها.

وقد نبَّه الغزالي في كلامه السابق إلى المصالح المستقرأة من الأحكام الشرعية الجزئية والمستنبطة منها. أما ما هو منصوص عليه، فيتمثَّل في تلك المبادئ العامَّة الأساسية التي تسري في النظام القانوني الإسلامي كلِّه، أو التي ينبغي أن تحكم هذا النظام، مثل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ وَإِيتَآىِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ﴾ [النحل: ٩٠]، ومثل قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيَّات»، وقوله: «لا ضرر ولا ضرار»(٩٦).

---

(٩٥) المستصفى (١/٢٨٦) وما بعدها.

(٩٦) معروف الدواليبي، المدخل إلى أصول الفقه، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، (١٣٧٨هـ/ ١٩٥٩م)، ص٢٨٤.

ويشمل هذان الصنفان جميعَ أوجه المصالح التي يضبطها النظام القانوني للأفراد والمجتمعات. ولذا ينكر الآمدي تجاهل الشرع أيًا من المصالح المطلوبة للمجتمع، أو إرسالها وعدم اعتبارها بالإلغاء أو القبول. وقوله في هذا: «وجود المناسب المرسل غير متصور»(٩٧).

ويجب التأكيد على أن الأصوليين قد بدأوا النظر إلى المصلحة في سياق تناولهم للقياس، ضمن حديثٍ بدا موجزًا أولَ الأمر عن المناسب، مما قد يُستنبط من تناول الشافعي، لينتهي الأمر إلى إدراك أهميته البالغة، مما يبدو على سبيل المثال في تعبير المرداوي عنه بأن: «استقصاء القول فيه من المهمَّات؛ لأن عليه مدار الشريعة، بل مدار الوجود؛ إذ لا وجود إلا على وَفْقِ المناسبة»(٩٨).

واستمرَّ النظر إلى المصلحة ضمن المناسبة فترة طويلة، حتى ليذكر القرافي أن: «المناسب ما تضمَّن تحصيل مصلحة أو درء مفسدة. والمناسب ينقسم إلى ما هو في محلِّ الضرورات، وإلى ما هو في محلِّ الحاجات، وإلى ما هو في محلِّ التتمَّات»(٩٩).

ويشير الجويني إلى الاستصلاح ضمن حديثه عن الاستدلال، ويذكر أن الشافعي «يسوِّغ تعليق الأحكام بمصالحَ يراها شبيهةً بالمصالح المعتبرة وفاقًا، وبالمصالح المستندة إلى أحكامٍ ثابتة الأصول، قارَّةٍ في الشريعة».

ولم يكن غريبًا أن يتدرج الاهتمام بالمناسب إلى إفراد المصلحة باعتبارها دليلًا مستقلًّا عن القياس، وهو ما يتجه الغزالي إلى رفضه، حين يدرجها ضمن الأصول الموهومة، فيما يشير إلى أن هناك من يراها أصلًا حقيقيًّا (غير موهوم) مستقلًّا بذاته.

ويتناول ابن قدامة الاستصلاح ضمن الأدلَّة المختلف فيها، بما لا يبعد

---

(٩٧) الإحكام للآمدي (٤/ ١٤٠).

(٩٨) التحبير شرح التحرير للمرداوي الحنبلي، مكتبة الرشد بالرياض، (٢٠٠٠م)، (٧/ ٣٣٧٠).

(٩٩) شرح تنقيح الفصول للقرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، (١٩٧٣م)، ص٣٩٠.

عن تصنيف الغزالي للأدلَّة[١٠٠]، وهو ما صنعه الزركشي كذلك[١٠١]. ويدفع الغزالي المصلحة ضمن مناسب القياس، فيقول: «وإذا أطلقنا المعنى المخيل والمناسب في كتاب القياس أردنا به هذا الجنس»[١٠٢]، أي المصلحة.

ولا يفرد السرخسي (ت: ٤٩٠هـ)، أي قبل الغزالي بخمسة عشر عامًا تقريبًا، في أصوله مصطلح المصلحة بحديثٍ خاصٍّ، رغم عنايته بالاستحسان المتفرع عنها[١٠٣].

ويستقرُّ النظر بعد ذلك بالتدريج إلى الاستصلاح في مباحث خاصَّة مع الانتصار لحجيتها، وإسناد القول بهذه الحجيَّة لكل أئمَّة المذاهب؛ إذ ينتصر الطوفي في شرحه على «**روضة الناظر**» - على خلاف الماتن - لحجيَّة المصلحة التحسينية أو الحاجية أو الضرورية من باب أولى، كلما وجد «لاعتبارها شاهدًا من جنسه»[١٠٤]. وينسب القول بحجيتها إلى مالكٍ وبعضِ الشافعية، على حين يقرِّر القرافي أن القول بها «عند التحقيق في جميع المذاهب؛ لأنهم يقومون ويقعدون بالمناسبة، ولا يطلبون شاهدًا بالاعتبار»[١٠٥]. ويفرد الآمدي للاستصلاح مبحثًا خاصًّا تحت عنوان: «المصلحة المرسلة».

وقد توالى بعد ذلك تأييد حجيَّة هذا الأصل على أيدي العز بن عبد السلام والشاطبي وابن تيمية وابن القيم الذي لخَّص الأمر كلَّه بعبارته الشهيرة: «حيثما كانت المصلحة، فثَمَّ شرع الله». وهذا ما أدى بها إلى أن تتبوَّأ مكانًا راقيًا ضمن الأدلة الشرعية في العصر الحديث، حتى اعتبرها المجدِّدون أمضى وسائل اللحاق بالعصر، في التشريع والاقتصاد والسياسة.

---

(١٠٠) روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة، تحقيق: شعبان إسماعيل، مؤسسة الريان، المكتبة التدمرية، المكتبة المكية، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، (١/ ٤٧٤).

(١٠١) البحر المحيط (٤/ ٣٧٧).

(١٠٢) المستصفى (١/ ٢٨٧).

(١٠٣) أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف العثمانية، حيدر آباد، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، (٢/ ٢٠٠).

(١٠٤) شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ١٩٠) وما بعدها.

(١٠٥) شرح تنقيح الفصول، ص٤٤٥.

لقد استحدث العصر مفاهيمَ عديدةً، مثل الانتخاب والأحزاب السياسية وتداول السلطة والأحلاف والمواثيق الدولية، وما إلى ذلك مما تتعيَّن المصلحة مدركًا للحكم فيه، حتى لا نتعلَّق بحبال القمر، كما يقول الطوفي.

(٣) معنى المصلحة:

المصلحة في اللغة: المصلحة ضد المفسدة، وهي واحدة المصالح[١٠٦]، فالصاد واللام والحاء أصل واحد يدلُّ على خلاف الفساد[١٠٧].

وفي الاصطلاح: عرفَّها الغزالي بأنها: «المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم؛ فكل ما يتضمَّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلُّ ما يُفَوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»[١٠٨].

وبهذا يفترق المعنى اللغوي للمصلحة عن المعنى الفني الاصطلاحي، من جهة أن التعريف اللغوي مطلق، والاصطلاحي مقيَّد بالنظر إلى مقاصد الشرع. وبهذا فإن الفعل قد يُعَدُّ مصلحةً في الإطلاق اللغوي العام غير أنه لا يُعَدُّ مصلحةً بالإطلاق الشرعي إلَّا إذا اتفق مع المقاصد الشرعية، ولم يخالف أصلًا من أصوله المعتبرة. ولذا فإن الخمر فيها كثير من المنافع، غير أنها لا تُعَدُّ مصلحةً لمنافاة تناول الخمر لما أرادته النصوص الشرعية. وقد يحقِّق الزواج المؤقت مصالحَ لأطرافه، غير أنه يُعَدُّ ضررًا في الشريعة لمصادمته لأصل التأبيد في الزواج. وكذا فإن التحايل بالمحلل لاستئناف الحياة الزوجية للمطلقة طلاقًا بائنًا بينونة كبرى قد يحقِّق مصلحة جمع شمل الأسرة مرةً أخرى، لكنه لا يُعَدُّ

---

(١٠٦) انظر: لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م)، (٢/ ٥١٧)؛ ومختار الصحاح للرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥)، ص١٨٧.

(١٠٧) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، (١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م)، (٣/ ٣٠٣).

(١٠٨) المستصفى للإمام الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م)، ص١٧٤.

مصلحةً في النظر الشرعي. وفي كلٍّ هذه الأمثلة قد يصحُّ إطلاق اسم المصلحة عليها بمعناها اللغوي لا بمعناها الشرعي، ويؤدي الخلط بين المعنيين اللغوي والشرعي للمصلحة إلى أخطاء عديدة.

وبهذا فإن أجناس المصالح التي راعاها الشرع باستقراء الفقهاء للأحكام المنصوصة، هي هذه المقاصد الخمسة: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال.

وهناك من المصالح ما نصَّ الشارع عليه في مبادئ عامَّة، مثل رفع الضرر والعدل والكرامة الإنسانية. وبهذا يتنوَّع اعتبار الشارع للمصالح، فقد ينصُّ على جزئياتها وأعيانها المخصوصة، كما أنه قد ينصُّ على أجناسها، فإذا اشترك الفرع من الأصل المنصوص على حكمه في عين المصلحة المعتبرة، كان هذا أقوى من مجرَّد اعتبارها بالنصِّ على جنس المصلحة العامَّة المتحقِّقة في الفرع.

من ذلك أن الشرع منع من توريث القاتل مورثه، قصدًا إلى الحفاظ على حياة المورثين وحتى لا يتعجَّل الورثة الحصول على المال بالقتل. ويشترك معه في عين هذه المصلحة الحكمُ بحرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي، قصدًا إلى تحقيق المصلحة نفسها. ومنه أيضًا ثبوت الولاية على الصغير في الزواج حفاظًا على حقوقه كما ثبتت الولاية عليه في المال. ويمتنع تعذيب المتهم، والحبس الانفرادي لحمله على الإقرار بالتهمة، خلاصًا من هذا التعذيب؛ لتناقضه مع مبدأ الكرامة الإنسانية. كما يلزم العمل على الأخذ بمبدأ تداول السلطة؛ لثبوت سلامته بالاستقراء التاريخي الدالِّ على أن احتكارها يولِّد العنف والاستبداد والفساد الإداري والمالي[١٠٩].

أما إذا لم يوجد نصٌّ شرعيٌّ في المصلحة المنظورة بخصوصها، اعتبارًا أو إلغاءً، وإنما تعلَّقت النصوص بجنس المصلحة اعتبارًا أو إلغاءً، فهذا هو العمل بالمصالح المرسلة، أي التي أرسل الشارع النصَّ على أعيانها ولم يقيدها بالاعتبار أو الإلغاء، وإنما نصَّ على أجناس هذه المصالح ومقاصدها

---

(١٠٩) بسام علي العموش، مراجعات في الفكر الإسلامي، شركة دار الأكاديميين للنشر والتوزيع، (٢٠١٥م).

العامَّة. ومعنى الإرسال هنا الإطلاق دون التقييد، بمعنى عدم ورود نصٍّ خاصٍّ يحميها، وإنما العبرة في حمايتها بالنصوص العامَّة والقواعد المطلقة الموجبة للصلاح والمانعة من الفساد الذي تفشَّى في البلاد الإسلامية على نحوٍ غير مسبوق.

وبهذا فإن المصالح الفردية والاجتماعية غير مرسلة؛ لأنها إمَّا معتبرة وإمَّا مهدرة، ولا يصحُّ أن تكون هناك مصالحُ أرسلها الشرع ولم يشهد لأعيانها أو أنواعها أو أجناسها بالإلغاء أو القبول. فما لم ينص الشرع على اعتباره من المصالح بخصوصه، فقد نصَّ على نوعه أو جنسه، فالمقاصد الخمسة السابقة الذكر مستنبطة من النصوص الشرعية، أو متضمَّنة في القواعد أو المبادئ الشرعية العامَّة التي لا يخرج عنها شيء من المصالح المطلوبة للإنسان فردًا أو جماعة.

وتتجلَّى الأهمية التي أولتها الفلسفة التشريعية الإسلامية لهذا الأصل في الكتابات الأصولية المتعلِّقة بالقياس، والمصلحة المرسلة، ومقاصد الشريعة.

(٤) حجيَّة المصلحة:

احتدم الخلاف النظريُّ طويلًا حول العمل بالمصلحة قبل الانتهاء إلى إقراره في العصر الحديث، رغم أنه لا وجود لهذا الخلاف على المستوى العملي التطبيقي، فيما أكَّده كثيرون ممَّن سبقت الإشارة إليهم، كالقرافي والطوفي وابن القيم، ويجمل الزركشي المواقف المختلفة حيال العمل بالمصلحة[١١٠] مما يمكن إجماله في الأقوال التالية:

أ - أول هذه الأقوال هو **منع العمل بالمصلحة**، وهو قول طوائف من متكلمي الأشاعرة. وعند هؤلاء أنه لا حكم إلا بما حكم به الشرع؛ فالحلال هو ما أحلَّه الشارع والحرام هو ما حرَّمه. ورغم جاذبية مثل هذا القول، فإنك لا تستطيع الاعتماد عليه في سنِّ عشرات الآلاف من أحكام الجزئيات والفروع

---

(١١٠) البحر المحيط (٦/٧٦) وما بعدها.

المتوالدة في الظروف المختلفة. ولا يمكن قبول هذا النفي المطلق لدور العقل الذي يضطلع بالتفريع على الأُسس والقواعد والمبادئ الكليَّة التي أرساها الشرع. ويستند هذا الرأي إلى المذهب الأشعري في التحسين والتقبيح الذي يعقِّد النظر الفقهي أكثر مما يساعده.

ب - **جواز الاستناد إلى المصالح مطلقًا**، وهو مذهب مالكٍ في تفسير الجويني. ولا يوافق كثيرون على نسبة إطلاق إعمال المصالح إلى مالكٍ فيما حكاه الزركشي. وقد يكون القول بإرسال المصالح التي يصحُّ إعمالها هو السبب في نسبة إطلاق إعمال المصالح إلى مالكٍ. ويؤكِّد كثيرون - في رفضهم هذه النسبة التي لم تصح - وجوب أخذ أقوال مالكٍ من كتبه وكتب أصحابه[111].

ج - **الجواز مقيدًا بشهادة النصوص والمبادئ الشرعية المستنبطة أو المنصوص عليها**، وهو ما يؤول إليه الرأي السابق كما تقدَّم، مما يعني أن جمهور الفقهاء يميلون إلى إعمال المصالح التي شهدت لها النصوص بالاعتبار، مما يدلُّ على تحرُّر الجمهور من سطوة المذهب الأشعري في النظر إلى عمل المصلحة. وقد نصَّ كثيرون منهم على أن النصوص لم ترسل أيًّا من المصالح اللازمة للأفراد والمجتمعات في إلغائها المفاسد والأضرار جميعها، واعتبارها ما ينفع الناس، ويصلح حياتهم؛ إذ ينكر الآمدي الأشعري وجود المناسب المرسل[112]، كما يذكر الزركشي: «أنه لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها»[113].

وقد أدى هذا النظر إلى التوفيق بين الحكم العقلي والشرعي فيما يبدو من خطَّة تحصيل الحكم الشرعي بتحديد الحكم العقلي في المسألة أول الأمر، «ثم ينظر هل يجوز أن يتغيَّر حكم العقل فيها؟ وهل في أدلَّة الشرع ما يقتضي تقدُّم ذلك الحكم أم لا؟ فإن لم يجد ما ينقله عن العقل قضى به»[114].

---

(١١١) البحر المحيط (٤/ ٣٧٨).

(١١٢) الإحكام للآمدي (٤/ ١٤٠).

(١١٣) البحر المحيط (٤/ ٣٧٨).

(١١٤) المعتمد لأبي الحسين البصري (٢/ ٢٤٣).

وقد تطورت هذه القاعدة الأصولية القاضية بأن «الأصل في المنافع الإذن»[115] لتيسير إعمال المصالح. ويرجِّح الطوفي فيما ينبغي أن يلاحظ رعاية الشرع «المصالح في العادات والمعاملات ونحوها؛ لأن رعايتها في ذلك هي قطبُ مقصود الشرع منها، بخلاف العبادات فإنها حقُّ الشرع، ولا يعرف كيفية إيقاعها إلا من جهته نصًا وإجماعًا»[116].

وإذ لم يثر حول حجيَّة العمل بالمصلحة جدالٌ كبير مثل الذي ثار بشأن العمل بالقياس، فإن جمهور الأصوليين **يستدلون على حجيتها** بالأدلَّة التالية:

أ - **مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسُّنة لمصالح الناس أفرادًا ومجتمعاتٍ وبيئة**، بحيث تسعى هذه الأحكام لتحقيق ما ينفع واستبعاد ما هو ضار. وقد صرحت النصوص بهذا؛ فالقصاص إنما شُرع لحفظ الحياة، والوفاء بالعقود لتمكين الناس من الوفاء باحتياجاتهم، والزواج شُرع للحفاظ على النسل والتعاون وتحقيق المودَة والرحمة، وتحريم شرب الخمر للحفاظ على العقل، وشُرع حدُّ القذف في الاتهام بالزنا لصون الأعراض.

وقد كان التفات الفقهاء إلى المصالح التي تغيَّتها النصوص سببًا في نشأة علم مقاصد الشريعة بين علوم الفقه الإسلامي. وهذا العلم الذي ألَّف فيه كلٌّ من العز بن عبد السلام وابن قيم الجوزية والشاطبي قد انفرد الفقه الإسلامي بوضعه من بين النُّظم القانونية العالمية، وقد بدأ اهتمام هذه النُّظم بأصل المصالح في هذا العصر على يد بنتام (Jeremy Bentham)، ويلتقي ما عبَّر عنه روسكو باوند (Rosco Pound) في النظر إلى المصالح الاجتماعية وكيفيات استجابة التفكير القانوني لها مع ما عبَّر عنه فلاسفة الفقهاء المسلمين الذي أشرت إلى أسمائهم قبل قليل.

ب - **قام الاجتهاد واستعمال الرأي في عصر الصحابة على النظر**

---

(115) شرح مناهج العقول للبدخشي (3/ 171) وما بعدها.

(116) مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، كراتشي، (1987م)، ص21.

للمصالح وإعمالها، ما دامت لا تعارض نصًّا شرعيًّا. ولذا فإن معنى الاجتهاد بالرأي في هذا العصر هو النظر للمصالح وإعمالها.

ج - **وظيفة القياس الأصولي هي تحقيق المصالح بناءً على أنه ينقل حكم الأصل إلى الفرع إذا اشتركا في المصلحة**. وقد رأينا أن القياس مبناه على أصل اعتبار المصالح في الأحكام. فالذين نفوا القياس هم نفاة تعليل الأحكام المنصوص عليها بالمصالح، والذين أثبتوه هم الذين أثبتوا المصالح في تعليل الأحكام بها كما تقدَّم.

د - **تتفرع قواعد العمل بالعرف وسدِّ الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة في البناء الأصولي على أصل العمل بالمصالح**. ذلك أن العرف عبارة عن المصالح المقبولة في المجتمع بدليل اتفاق الناس على العمل به وعدم خروجهم على مقرراته دون وجود سلطة تفرضه في فترة تكوُّنه. وسدُّ الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة كذلك حسبما يأتي توضيحه في مناسبته.

من هذا كلِّه يتضح أن للعمل بالمصلحة تجلياتٍ عديدة، حتى إنها لتشكِّل الأصل الذي ترجع إليه الأحكام الشرعية جميعها، فالأحكام الشرعية - كما يقول ابن القيم - إمَّا نصٌّ وإمَّا مصلحة، وإذا ثبت رجوع النصوص إلى المصالح، فمعناه أن الأحكام الشرعية لا ترجع إلا إلى المصالح.

(٥) المصالح المرسلة:

من هذا يتضح أنه ليس هناك مصلحةٌ لم يشهد الشرع لها بالإبطال أو القبول. ولهذا لا يصحُّ تعريف المصالح المرسلة بأنها هي المصالح التي لم يشهد لها الشارع بالبطلان أو الاعتبار؛ وإنما يجب تعريف المصالح المرسلة بأنها هي المصالح التي لم تشهد لها بعينها نصوص الشارع، ولكنها تلائم تصرفاته، وأجناس المصالح التي شهدت لها نصوصه.

توضيحه أننا إذا قلنا بوجوب تقديم المصلحة العامَّة على المصلحة الخاصَّة، كان هذا عملًا بالمصلحة المعتبرة في الشرع؛ لأنه ليس هناك نصٌّ يتجه مباشرةً إلى إثبات هذه القاعدة أو نفيها. غير أن النظر إلى تصرفات الشرع وأحكامه المنصوصة يدلُّ على أن المصلحة الفردية كانت هي التي يضحِّي بها

عند تعارضها مع مصلحة عامَّة، من ذلك شرع الجهاد، وتحميل المقاتلين مشقته، فإنه مشروعٌ لدرء الخطر عن الجماعة، ولو أدى ذلك إلى قتل عددٍ من أفراد الجيش. وكذا الحجر على المفلس ومنعه من التصرفات الضارة بالغرماء، وشرع القصاص وحد الحرابة، فإن هذه الأحكام تتوارد جميعها على تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد.

ومنه كذلك أن مبدأ تداول السلطة مما يمكن أن يستند إلى درء مفسدة الاستبداد الذي دلَّت التجربة أنه أساس الخراب والشرور، وضد التقدُّم والرقي أو التحضُّر على ما أوضحه الكواكبي في كتابه البليغ «**طبائع الاستبداد**». وينطبق ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجبه العدل المأمور به في القرآن بلفظه وضده، وهو الظلم، ومشتقاتهما ومترادفاتهما قريبًا من ثلاثمائة وخمسين مرةً. ويشبهه عقد التحالفات مع الدول التي يلزم أن تتقيَّد بمبدأ العدل أيضًا. ويجب في التخطيط للمدن - كما يقرِّر ابن خلدون - «أن يراعى فيه دفع المضار، بالحماية من طوارقها، وجلب المنافع، وتسهيل المرافق لها»، والاحتكار عنده «مضرة تعطل التحضُّر، فيحرم لهذا»[١١٧].

ويعبِّر الشاطبي عن الاستدلال بالمصلحة وأساسه الذي اتفقت عليه الأمَّة بقوله: «كل أصل شرعيٍّ لم يشهد له نصٌّ معيَّن، وكان ملائمًا لتصرفات الشرع ومأخوذًا معناه من أدلته، فهو صحيح يُبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعًا به؛ لأن الأدلَّة لا يلزم أن تدلَّ على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها... ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي؛ فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معيَّن، فقد شهد له أصل كليٌّ، والأصل الكليُّ إذا كان قطعيًّا قد يساوي الأصلَ المعيَّن، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه... وكذلك أصل الاستحسان ينبني على هذا الأصل؛ لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[١١٨]. وترجع قوة العمل بالمصلحة بهذا إلى استنادها إلى الأصول الكليَّة للشريعة، حسبما مرَّ.

---

(١١٧) مقدمة ابن خلدون، بدون بيانات، (١٩٣٠م)، ص٢٩١.

(١١٨) الموافقات للشاطبي (١/ ٣٩).

ومن هذا يتضح أن على الفقيه استقراءَ النصوص الشرعية لمعرفة أجناس المصالح التي تشهد لها هذه النصوص، ولتحديد القواعد الكليَّة التي تضبط اعتبار الشارع لهذه المصالح، كما أن عليه استخدام هذه القواعد في استنباط الحكم الشرعي للفروع التي لم ينص على حكمها. أما المصالح التي لم تشهد لجنسها النصوص، فلا يمكن العمل بها.

من ذلك أن القاعدة الكليَّة القاضية بوجوب «دفع أشد الضررين» مبنيَّةٌ على عددٍ كبير من المسائل الجزئية المنصوص على أحكامها، رغم أنه لا يوجد نصٌّ على عين هذه المصلحة بخصوصها؛ وإنما تستفاد هذه المصلحة من جملة النصوص. من ذلك شرع الجهاد ففيه إتلاف النفوس وتحمُّل المشاق، غير أنه يؤدي إلى دفع ضرر أكبر، هو الوقوع تحت رحمة العدو، وإتلاف عددٍ أكبر من النفوس والأموال لو لم ينفر الناس للجهاد. وكذا شرع القصاص ومعاقبة السارق.

ويمكن تطبيق هذا الأصل في مسائل عديدة لا نصَّ فيها، من ذلك مسألة ما لو تترَّس الكفار بالمسلمين واحتموا بهم في مواجهة الجيش المسلم، بحيث لو هجم المسلمون وضربوا العدوَّ مات المسلمون المحتمى بهم دون سببٍ مشروعٍ يوجب قتلهم، ولو سكت عنهم المسلمون تقوَّى العدوُّ واستطاع تهديد الجيشِ المسلم والمجتمع كله. والحكم أنه يختار أهونَ الشَّرين وأقلَّ الضررين ويرمي العدوَّ حتى لو أسفر ذلك عن قتل المسلمين المحتمى بهم.

وكذا تنعقد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد، بناءً على أنه إذا اشترط هذا الشرط، ولم يوجد من يتوافر فيه، وحكمنا بعدم انعقاد الإمامة لمن يتولَّاها من غير أهل الاجتهاد؛ أدَّى ذلك إلى إهدار حقوق الناس واستمرار الفوضى للمجتمع وعدم استقامة الأمور فيه، فيحكم بانعقاد الإمامة مع عدم توافر هذا الشرط دفعًا لأهون الضررين.

أما المصالح التي لا تشهد لها النصوص بالاعتبار، فلن تندرج تحت أيٍّ من القواعد الكليَّة للمصالح، ولن يجري إعمالها من الوجهة الشرعية.

من ذلك حكم بعض الفقهاء بجواز ضرب المتهم لحمله على الإقرار

بالتهمة، وهو مذهب مالكٍ فيما رواه البعض عنه، ويشترط لهذا الحكم وجود قرائن تحمل على الاشتباه فيه وعلى وجود ظنٍّ قويٍّ بارتكابه الجرم. وقد حملهم على هذا الرأي النظرُ إلى مصلحة المجني عليه والمجتمع في معرفة الجاني ومعاقبته.

وينكر جمهور الفقهاء هذا الرأي بناءً على أمرين: أولهما أن هذه المصلحة معارَضةٌ بمصلحةٍ أخرى أقوى منها في الثبوت، فإن مصلحة المجني عليه والمجتمع في ضرب متهمٍ بعينه مظنونة؛ لاحتمال أنه ارتكب الجريمة أو لم يرتكبها. أما مصلحة المتهم في عدم ضربه فثابتة يقينًا، فهي المصلحة الأقوى لهذا. ولا يجوز على الإطلاق إرهاق المتهم نفسيًّا، أو عدم توفير العناية الطبيَّة له، أو تكليفه بما يرهقه، كما لا يجوز وضعه في الحبس الانفرادي، أو تكليفه بالأشغال الشاقَّة، أو غير ذلك مما جرى استيراده من القوانين الغربية في القرن التاسع عشر وما بعده. ولا يحقُّ التعلُّل بالأوامر الصادرة لتنفيذ أيٍّ من ذلك؛ لأن مصلحة السجين أو المحبوس مكافئة لمصلحة المأمور بأيٍّ من ذلك.

ومن العمل بالمصالح التي اعتبر الشارع جنسها القولُ بوجوب توثيق عقد الزواج بعد انتشار شهادات الزور، واتساع المدن، وكثرة النزاعات المترتبة على جحود العقد وإنكاره؛ فالحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد في ثبوت نسبهم من المصالح التي اعتبرها الشارع، ووجوب التوثيق هو الحكم الذي يحقِّق هذه المصلحة. وبهذا فإن حمل الناس على توثيق عقود زواجهم، بقصد إثبات هذه العقود عند المنازعة، مصلحةٌ ليس فيها بعينها نصٌّ شرعيٌّ، وإنما راعى الشارع مصلحة إثبات حقوق الأزواج والأولاد بأدلَّة كثيرة، من بينها شرع هذه الحقوق، والأمر بالإحسان في المعاملة، والنهي عن كتمان ما يتعلَّق بهذه الحقوق ويؤثر فيها، وكل ذلك من الوسائل والإجراءات المحقِّقة لتلك المصالح.

ومن ذلك ما أفتى به مالكٌ في قبول شهادة الصبيان في الجراح؛ إذ الأصل أنه لا تُقبل في الجنايات سوى شهادة البالغين. غير أن اجتماع الصبيان في أماكن لا يحضرها غيرهم يلزم قبول شهادة بعضهم على بعض، من جهة أن

اشتراط البلوغ والكِبر في الشاهد للقضاء بشهادته سيؤدي إلى ضياع الحقوق؛ لأن الكبار لا يحضرون ملاعب الصبيان في كثيرٍ من الأحوال. وبهذا فإن المصلحة التي استند إليها مالكٌ مصلحةٌ ضرورية، هي حقن الدماء وحفظ النفوس، فإذا اطمأنَّ القاضي إلى شهادة الصبي ورضي بها جاز له أن يقضي بهذه الشهادة.

وقد أجاز مالكٌ التسعير عند الحاجة إليه، وذلك كأن يرتفع السعر نتيجة جشع التجَّار أو احتكارهم للسلع أو التدخل في العرض أو غير ذلك مما يؤدي إلى ظلم المستهلك والإضرار بمصالحه، مما يستوجب التدخل لحمايته. وعلى الرغم من أن هذه المصلحة بذاتها لم يرد فيها نصٌّ، فإن عددًا كبيرًا من النصوص يتعلَّق بجنس هذه المصلحة، وهذا الجنس هو ما يتعلَّق بحفظ أموال الناس ونفي الضرر عنهم في أموالهم، فيجوز التسعير عند الحاجة لتعلُّقه بهذه المصلحة العامَّة، وهي حفظ الأموال ورعاية حقوق المستهلكين ورفع الضرر عنهم. وكانت مصلحة المستهلكين هي ذاتها حجَّة هؤلاء الذين حرموا التسعير أيضًا، بالنظر إلى أن ارتفاع السلع من شأنه أن يحفِّز قوى السوق على زيادة الإنتاج، مما يؤدي في النهاية إلى خفض الأسعار وتحقيقِ مصلحة المستهلكين على نحوٍ أفضل.

(٦) طبيعة إعمال المصلحة:

يختلف إعمال المصلحة عن العمل بالقياس، من جهة أن القياس يتضمَّن إلحاقَ فرع غير منصوصٍ على حكمه بأصلٍ منصوصٍ على حكمه؛ لاشتراكهما في العلَّة. أما العمل بالمصلحة فلا يتضمَّن مثل هذا الإلحاق.

وعلى حين يستوجب العمل بالقياس تحديد الأصل المنصوص على حكمه، وإدراك علَّة الحكم فيه، وتحقُّق هذه العلَّة في الفرع، فإن العمل بالمصلحة لا يقتضي إلا التأكُّد من اعتبار الشارع لهذه المصلحة، باستقراء النصوص المختلفة وإدراج الحالة المطلوب تحديد حكمها تحت هذه المصلحة أو تلك.

وبهذا فإن القياس إلحاقُ جزئيٍّ (فرع) بجزئيٍّ (أصل) في حكم لاشتراكهما في علَّته، على حين أن العمل بالمصلحة إلحاقُ جزئيٍّ بكليٍّ عامٍّ شهدت له النصوص بالاعتبار، مما هو ضروري أو حاجي أو تحسيني. وإنما تشتدُّ الحاجة إلى إعماله لاتجاه النصوص إلى التعبير عن أجناس جميع المصالح المطلوبة للمكلَّفين على نحوٍ كليٍّ وعامٍّ، وذلك كالعدل والحرية والمساواة والكرامة الإنسانية، والتثبُّت في إلقاء التهم، وتوثيق الالتزامات بالكتابة والشهادة والرهن، وما إلى ذلك مما لا يمكن سرده هنا.

يوضِّحه أن جمع أبي بكر للقرآن لم يحتج إلى نظيرٍ يقيس عليه، وإنما احتاج إلى تأكيد أنه مصلحةٌ تتعلَّق بحفظ الدين، وإلى أن هذه المصلحة معتبرةٌ في الشرع. فليس فيه قياسُ حالة على حالة، وإنما هو إلحاقٌ لهذه الحالة بالأصل العامِّ المستنبط من أدلَّةٍ لا تنحصر ويستفاد منها جميعًا اعتبار الشارع لمصلحة حفظ الدين.

ومنه كذلك حرب مانعي الزكاة، فإن أبا بكر قد استند في وجوب حربهم إلى مصلحة ضرورية، هي حفظ الوحدة السياسية للأمَّة التي تحقَّقت في السنين الثلاث الأخيرة من حياة النبي. ويستفاد هذا من قوله: واللهِ لأحاربنَّ مَنْ فرَّق بين الصلاة والزكاة. ولعلَّه استند في هذا إلى مصلحةٍ أخرى، هي حقُّ الدولة في تأمين مواردها للقيام بمسؤولياتها الملقاة على عاتقها؛ إذ من دون هذه الموارد لا تستطيع القيام بهذه المسؤوليات. ومهما تكن المصلحة التي استند إليها، فإنه لم يقس هذه الحالة على ما يناظرها، وإنما أدرجها ضمن أصلٍ عامٍّ، هو هذه المصلحة التي اعتبرها الشارع أو تلك.

ومنه أيضًا جمع عثمان المسلمين على مصحفٍ واحدٍ وإحراق ما عداه، دفعًا لتفرُّق المسلمين واختلافهم واتهام بعضهم بعضًا، فهذا مما ليس له نظيرٌ بعينه يقاس عليه، وإنما هو إلحاقٌ بأصلٍ عامٍّ، هو دفع الفتنة واتقاء شرِّ الخلاف والتفرُّق بين المسلمين، وهو أصل معتبر شرعًا بأدلَّة لا تُحصى.

ومنه إجماع الصحابة على تضمين الصنَّاع ما يأخذونه من أموال الناس للعمل فيه مع أنهم مؤتمنون، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي. غير أن تكرار ادعاء الصنَّاع ضياع ما أخذوه من موادَّ خامٍ للعمل فيها، وعدم قدرة أصحابها

على إثبات تعديهم لإيجاب الضمان عليهم، قد أدى إلى خلقِ حالةٍ غير مسبوقة: فإما ألَّا يدفع الناس أموالهم إلى الصنَّاع، وفيه من الحرج ما لا يخفى، لحاجة الناس إليهم، فإن كل واحدٍ لا يستطيع تعلُّم الحِرف التي يحتاجها؛ وإما أن يدفع الناس أموالهم ويتحمَّلون مخاطر إهمال الصنَّاع وتعديهم دون أن يستطيعوا إثبات ذلك، بناءً على أن الصنَّاع أمناء، والأمين لا يضمن إلا إذا أثبت المتضرِّر تعدي الصانع أو إهماله.

وقد جاء الحلُّ فيما أخذ به قضاة الصحابة من التسليم بكون الصنَّاع أمناء لا يضمنون إلا بالتعدي. غير أنهم لمَّا كانوا قد أخذوا المال للعمل فيه، فلا تنتهي مسؤوليتهم إلا بإثبات عدم تعديهم فيه؛ ولذلك يقع عليهم عبء إثبات عدم التعدي والبرهنة على أن تلفَ المال أو ضياعه كان بسببٍ لا يد لهم فيه، فإن لم يمكنهم إثبات عدم التعدي كانوا مسؤولين عن التلف ووقع الضمان عليهم.

وقد كانت هناك اجتهاداتٌ أخرى، غير أن ما يهمنا الاستدلال عليه في هذا المقام هو أن الحكم بتضمين الصنَّاع في ظروف كثرة إهمالهم وتعديهم وصعوبة إثبات ذلك عليهم لم يكن من باب القياس على أصلٍ يناظره، وإنما التحق بأصلٍ عامٍّ، هو حفظ أموال الناس، وهذا الأصل أو المصلحة مما شهدت النصوص باعتباره حتى صار أصلًا قطعيًّا.

(٧) العمل بالمصلحة ومرتبته من العمل بالنصِّ:

انشغل الأصوليون قديمًا وحديثًا بتأكيد منزلة العمل بالنصِّ، خشية التذرُّع بالمصلحة للتفلُّت من المبادئ الشرعية الثابتة، وللجري وراء الشهوات والأهواء والظنون مما يضعف إعمال المصلحة، ويؤدي إلى التهوين من شأنها، ويلحقها بالاعتبارات الشخصية. ولم تكن الرغبة في إعلان تبعيَّة المصالح للنصوص الكليَّة المستقرأة منه إلا للتأكيد على الموضوعية في إعمالها.

وقد تأكَّدت هذه الموضوعية في إعمالها، ورجوعها إلى النصِّ بالنظر إلى ما يلي:

أ - **لا تستقلُّ المصلحة بنفسها، ولا تصلح أن تكون دليلًا شرعيًّا تتقدَّم النصوص أو تحل محلَّها، وإنما هي أصل شرعيٌّ تابع للنصِّ لا يتقدَّم عليه؛** ولذا فإنه يُشترط لإعمال المصلحة ألَّا تناقض أصلًا شرعيًّا. ولذا فإن فوائد البنوك عند جمهور الباحثين المعاصرين تحقِّق عديدًا من المصالح الخاصَّة والعامَّة، منها تجميع مدخرات الناس وتوجيهها إلى الاستثمار وإنشاء المشاريع الزراعية والصناعية، مما يؤدي إلى فتح أبواب العمل، غير أن هذه المصالح - طبقًا لهذا الرأي - لا يجوز التذرُّع بها لإباحة هذه الفوائد؛ لأنها من الربا المحرَّم شرعًا. وكذا لا تجوز التسوية بين الابن والبنت في الميراث، حتى لو افترضنا تحقُّق المساواة بينهما في أشياء أخرى كثيرة؛ لأن النصَّ قد أوصى باستحقاق الذكر منهما مثل حظِّ الأُنثيين. وينطبق ذلك على الوصية للوارث، حيث تحقِّق مصالح بعض الورثة الذين قد تزيد حاجتهم عن حاجة غيرهم من الورثة لضعفٍ أو مرضٍ أو انشغالٍ بتعليم أو صغر أو فقر؛ وذلك لأن النصَّ قد جاء بتحريم الوصية للوارث، طبقًا لما جاء من قوله ﷺ: «لا وصيَّة لوارث».

ب - **وجوب شهادة النصوص الشرعية للمصلحة بالاعتبار،** ومعناه أن المصلحة لا يستند العمل بها إلى مجرَّد العقل وحكمه، وإنما يلزم استناد المصلحة إلى النصوص الشرعية للحكم باعتبارها، ومن ذلك أن حكم الصحابة بقتل الجماعة بالواحد في قضية المرأة اليمنية لم يستند إلى ما قد يراه العقل من أن هذا هو المصلحة، وإنما استند إلى مصلحة «حفظ الحياة» المعتبرة شرعًا، بدليل شرع القصاص، وتحريم النفس الإنسانية وتكريمها، واعتبار العدوان عليها عدوانًا على البشرية جميعها فيما أشار إليه النص القرآني. وبهذا فإن المصلحة ليست حكمَ العقل المجرَّد، وإنما هي حكمُ النصوص. وكذا فإن إدخال النقص على الوارثين بنسب استحقاقهم فيما قضى به عليٌّ في المنبرية التي أرست نظام العول الأساس فيه، هو العدل المأمور به.

ج - **الأحكام الشرعية المنصوص عليها شُرعت لتحقيق مصالح معينة،** فإذا تغيَّرت الظروف ولم يؤدِّ تطبيق الحكم الشرعي في هذه الظروف إلى تحقيق هذه المصالح المقصودة من الحكم عُدل عن تطبيق الحكم المنصوص عليه إلى غيره مما عساه أن يحقِّق مصلحةً أخرى أَوْلَى بالاعتبار. ولا يُعَدُّ هذا تغييرًا في

الحكم الشرعي؛ إذ يظلُّ الحكم قائمًا لتطبيقه في الظروف التي يحقِّق فيها المصلحة المقصودة من شرعه.

يوضِّحه حكم عمر بن الخطاب في منع تطبيق حدِّ السرقة عام المجاعة؛ لأن المقصود من شرع حدِّ السرقة هو منعُ السارق من أخذ مال غيره إذا لم يكن مضطرًا إلى هذا الأخذ. أما إن قامت شبهة الاضطرار فيسقط الحدُّ في هذا الظرف، ولا يُعَدُّ هذا تعطيلًا لحكم السرقة، وإنما هو عدم تطبيق له في الظروف التي لا يحقِّق فيها التطبيق المصلحةَ المقصودة، بل ويفوِّت مصلحةً مقصودةً أخرى، هي حفظ البدن الإنساني.

وقد يوضِّحه كذلك أن اللعان شُرع لدفع عقوبة القذف عن الزوج إذا وجد امرأته متلبسةً بالزنا، ويريد إبلاغ القاضي بحالتها ليفرق بينهما، ولينفي عنه نسبَ مَن تلده من هذا الزنا. غير أن القاضي إذا وجد أن الزوج يقصد اللعانَ لإلحاق العار والشين بالزوجة وبأسرتها عن طريق تقديمها إلى المحكمة بهذه التهمة لإجراء العلنيَّة بينهما أو لإجبارها على التنازل عن حقوقها المختلفة، فإنه يستطيع أن يحكم بعدم إجراء اللعان. وقد حكم قضاة فاس بإبطال إجراء اللعان في أحوالٍ كثيرة، بناءً على أن الزوج الراغب في إجراء اللعان قد خرج به عن مقصوده المشروع وحوَّله إلى أن يكون وسيلةَ انتقامٍ من الزوجة وأهلها.

وقد أوقع عمر رضي الله عنه الطلاق الثلاث بلفظٍ واحدٍ ثلاثًا بعد أن كان لا يُحسب إلا واحدة زمن رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه وصدر خلافة عمر رضي الله عنه، وقال في ذلك قولته المشهورة عن تعجل الناس في أمر كانت لهم فيه أناة، ومعناه أنهم خالفوا المقصود من شرعه على مرات، وقصدوا منه ما لم يشرع له، وهو الإساءة إلى الزوجة، وإظهار البغض والكراهية مما عساه أن يسيء إليها. ولكن إيقاعه على هذا النحو لا يعني تغيير الحكم الشرعي؛ إذ يمكن الرجوع إليه مرةً أخرى لو كان هذا الرجوع يحقِّق المصلحة المقصودة من شرعه، وهو إعطاء فرصة أو أكثر للزوجين لاستئناف حياتهما الزوجية، أو للخروج من المفاسد التي رتبها احتساب الطلقات الثلاث بلفظٍ واحدٍ ثلاثًا، وهو شيوع التحليل، وهذا الرجوع قد تحقَّق في مرسوم (١٩٢٠م).

ومن ذلك أيضًا أن القاعدة العامَّة في العقود وجوبُ الوفاء بالالتزامات

الناشئة عنها، غير أنه يصحُّ للقاضي إعادة توزيع هذه الالتزامات على أطراف التعاقد في الظروف الطارئة بالرجوع إلى مقصد العدل في هذه الظروف الاستثنائية، دون أن يعني ذلك أن قاعدة الوفاء بالالتزامات التعاقدية قد تبدَّلت أو نُسخت(١١٩).

ولعل هذه الأمثلة أن تؤكِّد لنا أمرًا على قدرٍ كبيرٍ من الأهمية، وهو أن الأحكام الشرعية إنما شُرعت لتحقيق مصالح معيَّنة، فإن لم يحقِّق العمل بأيٍّ منها المصلحةَ المقصودة من شرعها في ظرفٍ خاصٍّ من الظروف، فإنه يعدل عن تطبيق الحكم المنصوص عليه إلى غيره مما عساه أن يحقِّق المصالح المقصودة للشارع، ولا يفيد ذلك إنهاء العمل بحكمٍ شرعيٍّ أو تعطيل تطبيقه، وإنما يُعَدُّ هذا نوعًا من العدول عن تطبيق أصلٍ شرعيٍّ لا يحقِّق المصلحة المقصودة من شرعه إلى تطبيق أصلٍ شرعيٍّ آخر لتحقيق مصلحة أخرى مقصودة شرعًا، هي الاستجابة لما يوجبه العدل المأمور به شرعًا.

وقد يفسِّر لنا هذا موقف عمر من سهم المؤلَّفة قلوبهم، ومنعه إعطاءهم النصيب الذي كان يعطيه لهم النبي ﷺ وأبو بكر رضي الله عنه، متعللًا لهذه المنع بأن الله أعزَّ الإسلام والمسلمين، ولا يعني هذا إلغاء هذا السهم إلى الأبد، وإنما يعني عدم ضرورة تطبيقه في ظروف عزَّة الإسلام والمسلمين. أما إذا احتاجوا إلى تأليف الناس حولهم، وإضعاف مقاومة أعدائهم، مما توجبه الموازنة بين المصالح والمضار، فلا بأس باستئناف العمل بالحكم في هذه الأحوال، وإعطائهم من هذا السهم.

(٨) شروط العمل بالمصلحة:

يشترط للعمل بالمصلحة الشروط التالية:

أ - **الملاءمة لمقاصد الشارع وتصرفاته** كما تقدَّم، فإن المصلحة لا يُعمل

---

(١١٩) أخذت معظم أو كل القوانين المدنية العربية الحديثة بنظرية الظروف الطارئة من الفقه الإسلامي، فيما نصَّت عليه المواد: (١٤٧) مدني مصري، و(١٤٨) سوري، و(٢٠٥) أردني، و(١٤٦) عراقي.

بها إلا إذا شهدت النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار. أما إن شهدت لعينها، فإن هذا الإعمال يتخذ شكل القياس. يوضِّح اشتراط الملاءمة ما أفتى به الحنابلة من جواز نفي أهل الفتن والفساد إلى مكانٍ يؤمن فيه شرهم؛ وذلك لمصلحة اعتبرها الشارع، وهي حفظ الأمن ودفع الضرر عن الناس وحفظ أموالهم ودمائهم. ومنه كذلك إفتاء أحمد بن حنبل بجواز تخصيص أحد الأولاد بالهبة لمرضه أو طلبه العلم أو كثرة عياله أو صغره أو عجزه عن الكسب. والمصلحة المعتبرة شرعًا هي حفظ الولد وعونه على التربية والنضوج والتعليم، وهي أمور شهدت النصوص باعتبارها.

ب - **أن تكون المصلحة حقيقيةً وليست متوهمةً**، بحيث تجلب النفعَ بالفعل أو تدفع الضرر، أما مجرَّد التوهُّم واعتقاد النفع دون مطابقةٍ للواقع فلا يُعَدُّ من المصالح. ويدلُّ هذا على أن دراسة الواقع بالمناهج العلمية من ألزم الأمور للفقيه والمشرِّع والقاضي؛ للتعرف إلى الواقع، والتحقُّق من المشكلة، والتعرف إلى أسلوب مواجهتها.

وعلى سبيل التوضيح، فقد يتوهَّم البعض أن هناك مصلحةً للمرأة في إعطائها الحقَّ في تطليق نفسها أسوةً بالرجل في ذلك، أو رفع حقِّ الطلاق من يد الرجل وجعله بيد القاضي، أو منع الطلاق بالكامل واستمرار الحياة الزوجية دون نظر إلى طبيعة العلاقة بين الزوجين. غير أن المصالح لا تُقر على هذا النحو، ولا تُبنى الأحكام الشرعية على مثل هذا التوهم. أما الاغتصاب الزوجي فتلزم مواجهته باعتباره إضرارًا بالزوجة، وإهانةً لها، واستكراهًا لها على فعل ما لا تريده. وقد قال ابن القيم على ما سبق ذكره: «الإكراه على الوطء مُثْلَة»[120].

ج - **ألَّا تكون هذه المصلحة المطلوب إعمالها معارضةً لأصلٍ شرعيٍّ مقطوعٍ به لثبوته بالنصِّ أو الإجماع**. وواجب الفقيه العملُ على تحقيق المصالح الاجتماعية مع الالتزام بقواعد الشريعة ودون خروجٍ عليها. فإن عمله لا ينحصر في تحقيق المصالح المستندة إلى حكم العقل وحدَه، كما أن أداءه لوظيفته لن

---

(١٢٠) إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٢).

يكتمل بمجرَّد التطبيق الآلي لما تضمَّنته النصوص من أحكام، دون التفاتٍ إلى المصالح المقصودة من شرع هذه الأحكام. ووظيفة الفقيه المسلم بالتأكيد هي تحقيق المصالح الاجتماعية دون خروجٍ على ما توجبه النصوص. ولعل في مثال تضمين الصنَّاع ما يدلُّ على هذه الطبيعة المزدوجة لعمل الفقيه المسلم، فقد اتضح للصحابة المبدأ الشرعي القاضي بأن الأمين لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدي، كما اتضح لهم أن تكليف العملاء بإثبات التعدي على الصنَّاع غير ميسور في أغلب الأحوال، مما يؤدي إلى تضييع حقوق العملاء وأموالهم، ووجدوا الحلَّ لذلك في التمسُّك بأن الصنَّاع أمناء لا يضمنون بغير التعدي، ولكنهم هم الذين يكلفون بإثبات عدم التعدي. وهذا الحل الإجرائي كفل الاحتفاظ بالمبدأ الموضوعي على حاله مع توفير الاستجابة للمصالح الاجتماعية وإنهاء المشكلة، وبهذا أصبح العملاء آمنين على حقوقهم من جشع الصنَّاع أو تفريطهم أو تعديهم، كما أن الصنَّاع كذلك لن يضمنوا تلف الأموال التي تحت أيديهم إذا أمكنهم إثبات عدم التعدي، وبذا فإن مسؤوليتهم المفترضة قابلةٌ لإثبات العكس.

(٩) قواعد العمل بالمصالح:

صاغ الفقهاء والأصوليون عددًا من القواعد التي تضبط العمل بالمصالح المعتبرة. وفيما يلي بعض هذه القواعد.

أ - رفع الضرر أو الضرر يزال:

مستند هذه القاعدة حديثُ النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وتشهد لها نصوصٌ قرآنية وقواعدُ شرعية عديدة. من بينها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ومن الأحكام الشرعية المترتبة على أصل رفع الضرر إيجابُ الضمان على الغاصب والمتلف لمال غيره، وشرع الدية والأرش في القتل الخطأ والجراحات والجنايات، وحق الزوجة في التطليق من زوجها للإضرار بها.

ويجري تطبيق هذه القاعدة في فروع عديدة، منها الحجر على السفيه والمفتي الماجن والمكاري المفلس والطبيب الجاهل؛ وذلك لأن عدم الحجر عليهم يضرُّ بالناس والمتعاملين معهم، فوجب الحجر عليهم دفعًا لهذه الأضرار.

ب - الضرر يُدفع بقدر الإمكان:

توجب هذه القاعدة العملَ على دفع الضرر قبل وقوعه. ومن تطبيقات هذه القاعدة، التي تستند إلى ما استندت إليه القاعدة السابقة، الحكمُ بدفع الصائل، ومضمون هذا الحكم أنه إذا هجم إنسانٌ أو حيوانٌ على أحدٍ فإن له أن يدفعه عن نفسه بما يمكن دفعه به، فإذا اندفع بالزجر أو الصياح أو بالاستغاثة لم يكن له أن يضرَّ به، وإذا اندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله. وإذا قصد الصائل قتلَ أحدٍ كان لمن أريد بالقتل أو لغيره أن يدفعه ولو بقتله. وكذا لو هجم على امرأةٍ وأراد اغتصابها، فإن لها أو لغيرها الدفع عنها ولو بقتله. ويفيد منطوق القاعدة أنه يجب العمل على دفع الضرر بأقل ما يندفع به؛ ولذا فإن الدفع بالنُّصح أو بالتوبيخ والتعنيف مقدَّمٌ على التهديد بالضرب، والضرب مقدَّمٌ على الجرح أو القتل... وهكذا.

ج - المشقَّة تجلب التيسير:

مستند هذه القاعدة مضمونُ آياتٍ كثيرة تدلُّ على أن الله يريد بعباده اليُسْرَ ولا يريد بهم العُسْر، وأنه لا يريد إحراج عباده أو إعاقتهم بما يفرضه من أحكام. ويبدو هذا التيسير عند مظنَّة حدوث المشقَّة بشرع الرخص للمسافر، حيث يباح له الفطر في رمضان والقصر في الصلاة الرباعية، ومنه كذلك شرع المسح على الخفين لمن يلبسهما على طهارة، وشرع التيمم لمن لا يجد الماء أو يتضرر باستخدامه، ومنه الترخيص بإباحة تناول الميتة عند الاضطرار.

وتبدو تطبيقات هذه القاعدة في فروعٍ عديدة، من بينها إباحة عقد العقود بالتعاطي والتوثيق بالرجوع إلى دفاتر التجَّار، والتخيُّر من أقوال الفقهاء ما يناسب تحقيق المصالح الاجتماعية، والاعتراف بإمامة المتغلِّب الذي يصل إلى السلطة بالقوة دون بيعة إذا كانت المفاسد التي تترتب على مقاومته تزيد عن المصالح المترتبة على هذه المقاومة.

د - الضرر الأشدُّ يزال بالضرر الأخف:

- يختار أهون الشرين.

- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما.

- الضرر لا يزال بمثله.

تفيد هذه القواعد معنًى واحدًا، هو أنه إذا اجتمعت الأضرار ولم يمكن دفعها جميعًا، وكان من الممكن دفع الضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف تعيَّن ذلك، دفعًا للضرر بقدر الإمكان.

ولذا فإنه إذا هدَّد شخصٌ آخرَ بالقتل إذا لم يتلف مالَ غيره، ووقر في الذهن أنه ينفذ ما هدَّد به لم يسعه إلا أن يتلف مال غيره؛ لأنه أهونُ الشرين وأخفهما ضررًا. أما إذا هدَّده بالقتل إن لم يقتل إنسانًا، فإنه لا يسعه الإقدام على القتل ولو بدأ في تنفيذ تهديده؛ لتساوي الضررين فلا يزال الضرر بارتكاب ضرر يماثله أو يزيد عنه.

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجوز الحجر على السفيه المبذِّر المتلِف لماله، بناءً على أن هذه المصلحة معارضةٌ بما هو أَوْلَى منها، وهي مصلحة الحفاظ على الكرامة الإنسانية وحق الإنسان في التصرف في ماله، وهذه المصلحة الأخرى أَوْلَى بالرعاية والاعتبار من مجرَّد حفظ المال.

ومن جنس هذه القواعد قاعدة: يتحمَّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ومن تطبيقاتها جواز الاستيلاء على أموال المحتكِرين وبيعها عليهم بثمن المثل جبرًا عنهم إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بذلك.

هـ - درء المفاسد مقدَّم على جلب المصالح:

في معنى هذه القاعدة أن التخلية مقدَّمةٌ على التحلية، ومفاد ذلك أنه إذا تعارض تحصيل المصالح مع دفع المفاسد ولم يمكن الجمع بينهما، فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا اتخذ إنسانٌ دكانَ حدادٍ إلى جوار

منزلٍ، فإن الحداد يُمنع من ذلك؛ لأن مصلحته في العمل معارضة بإيذاء سكّان المنزل والإضرار بهم، فيتقدّم دفع الضرر على تحقيق المصالح.

(١٠) المصلحة ومقاصد الشريعة:

(أ) تعريف عامٌّ بالمقاصد:

يجب أن نعتقد اعتقادًا جازمًا بأن المقصد الأساسي الساري في النظام القانوني الإسلامي، طبقًا لما ألزم به القرآن الكريم، هو العدل الواجب في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]. وتطلُّ هذه العبارة القرآنية الجامعة فوق منصات القضاء في كثيرٍ من محاكم البلاد الإسلامية. ورغم اتفاق العديد من النُّظم القانونية العالمية على اعتبار العدل الغاية النهائية لهذا المقصد، فإن المقاصد التفصيلية المندرجة تحته، وطرق إعمالها في الواقع هي التي تميز نظامًا عن غيره. ومن أهم ذلك - على ما اتضح مما سبق - قواعد المساواة بين الناس حتى في وجه القاضي ومجلسه، والحرية بتجلياتها المتعدِّدة، والكرامة الإنسانية. وتتفرَّع عن هذه القواعد وترتبط بها حماية المصالح والحقوق الشخصية المتعلِّقة بالبدن والأسرة والعرض والخصوصية والأوراق الخاصَّة، وكذا الحقوق المالية المتعلِّقة بحماية المِلك ضد الغصب والتأميم والمصادرة، إلا للمصلحة العامَّة المحدَّدة شرعًا، كإنشاء طريقٍ أو تعدينٍ بشرط التعويض العادل. ويدخل فيها كذلك الحقوق الاجتماعية المتعلِّقة بحماية السلم، واتقاء الفتن والخلاف، وتحقيق العدالة الاجتماعية. والمحقَّق أن العدالة التي تعني إعطاء كل ذي حقٍّ حقَّه إنما تتمثَّل في التنظيم القانوني للدَّخْل والثروة والحقوق والواجبات والسلطة وفرص العمل، مما شغل الفقهاء أنفسهم به[١٢١].

ويتطلَّب ذلك أولَ ما يتطلَّب صياغة قوانين عن طريق هيئة مستقلة يثق الناس في نزاهة ممثليها، وفي خبرتهم وكفاءتهم، بحيث تعبِّر عن هذه المقاصد والقواعد، وتتَّسم بالتجريد والعموم والتحديد بوضوحٍ، لتطبق على الجميع حكّامًا ومحكومين على قدم المساواة. وتقوم بهذا التطبيقِ هيئةٌ مستقلة كذلك،

---

(١٢١) Justice, What's the right thing to do? By Michael Sandel, (2009) p: (25)

وهي الهيئة القضائية. وهذا هو معنى حكم القانون الذي وعته الدولة الإسلامية منذ أول أمرها، على النحو الذي تجلَّى في أدب القضاة، وإنزال المجتمع الإسلامي الفقه والفقهاء منزلة رفيعة. ويرتبط مقصد العدل في الآليات التي حدَّدها أصول الفقه، مما قد يصحُّ على وجه الإجمال، بالاستحسان الذي طوره المذهبان الحنفي والمالكي، وبالمصلحة التي تعهَّد المذهبان الشافعي والحنبلي بتطويرها فيما بعد. ويتعلَّق العدل أيضًا بقسمٍ خاصٍّ من أقسام الفقه العام المشار إليه بعنوان السياسة الشرعية، مما سنبيِّن صلته بالمصالح والمقاصد في مناسبته. ويجب العمل على إدراك الوظائف الأساسية التي تحقِّقها المقاصد للنظام القانوني بكامله. ذلك أنها تنسِّق العمل بين جزئياته وآلياته، وتحدِّد أولوياته، على ما يظهر في تراتبية المقاصد التي يأتي العدل على قمتها، ليأتي غيره على جانبي الهرم الذي يمثلها، وفي تقديم الضروريات على الحاجيات، وفي تعيين ما يجب العمل به عند تعدُّد الاختيارات؛ ففي قضية المرأة اليمنية تقدَّمت آية ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] الأقرب إلى التعبير عن مقصد الحفاظ على الحياة الإنسانية، على آية ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨] التي تستوجب المساواة بلفظها. وللمقاصد وظائفُ أخرى عديدة؛ من بينها إسباغ الوحدة على النظام كلِّه، واستنباط الحكم والتعليل لهذا الاستنباط، وتغليب تفسيرٍ على آخر والاحتجاج له. وتحدِّد هذه الحزمة من الوظائف الاتجاهاتِ المحتملة لتفعيل المقاصد[١٢٢] على المستويات الكليَّة. ويلزم أن نقيس كفاءة هذا الإطار بمدى قدرته على الاحتكام إليه لحسم كثيرٍ من المسائل الخلافية التي شكَّلت أوضاع المجتمعات الإسلامية والعربية الحديثة، مثل قضايا التأميم والمصادرة والسوق الحر، وسياسات الإنتاج والتوزيع، وقضايا العدالة الاجتماعية والانتقالية.

(ب) التطوُّر التاريخي للاستدلال بمقاصد الشريعة:

يرجع الاستناد لمقاصد الشريعة في التوصُّل للحكم إلى عهد الصحابة

---

(١٢٢)) جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة الإسلامية، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق، (٢٠٠٣م).

الذين كانوا يعتمدون على الرأي بمعناه الواسع قبل أن يتخذ شكله المحدَّد في القياس على النصوص. وقد اكتسبت المصلحة بهذا اعترافًا لم تبلغه في عصر آخر؛ إذ كان يكفي عدم إهدار النصوص مصلحة من المصالح للاعتراف بها والاستناد إليها.

ولهذا اكتفى عمر في إقناعه أبا بكر في موضوع جَمْعِ القرآن بأنه «خير»، أي مصلحة، وما زال به يقنعه حتى ظهر له وجه الخير (المصلحة) في هذا الأمر، رغم امتناعه أولًا عن القيام بعملٍ لم يصنعه رسول الله ﷺ.

وكذلك فإن عليًّا يعلِّل حكمه في تضمين الصنَّاع بأنه: «لا يصلح الناس إلا ذاك». وهنا نرى عليًّا يكتفي في تقرير هذا الحكم الجديد بتقرير أنه لازمٌ لمصلحة الناس، وإبعاد الضرر عنهم؛ «إذ كل ما يصلح الناس مشروعٌ لا حاجة به إلى التعليل». ومعناه أن المصلحة الضرورية للناس كافيةٌ في تقرير الحكم الشرعي، شريطة ألَّا تتعارض مع النصوص. وبهذا فإن للمصلحة وجودها الموضوعي المحدَّد المستقل، والذي يكفي الاستناد إليه وحده لتقرير الحكم الشرعي، دونما حاجة إلى تأكيده بالنظر في النصوص ومراجعتها (بشرط عدم التعارض).

وقد سار عمر في كثيرٍ من تشريعاته على هذا الأصل، وعلى النظر إلى المصالح الموضوعية التي لا تتعارض مع النصوص. من ذلك هذه التشريعات المتعلِّقة بالخراج وإبقاء الأرض المفتوحة في يد أهلها يزرعونها ويؤدون خراجها إلى الدولة. وقد رفض عمر رأي الصحابة الذين أرادوا تقسيم هذه الأراضي المفتوحة قسمة الغنيمة، للمصلحة التي أكَّد عليها في حواره مع معارضيه الذين أرادوا تطبيق نصِّ قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ﴾ [الأنفال: ٤١]. وكانت المصلحة التي رآها أوجبَ في الظروف الغالبة هي وجوب تفرُّغ الجنود المسلمين لحماية ثغور الشام والعراق، حتى لا ينقضَّ عليهم أعداؤهم.

ولا يعني الرأي في اجتهاد الصحابة إلا استنادهم إلى مقصود الشرع أو المصلحة، مما يتضح في أحكام قضاة هذه الفترة. ويسري ذلك على منهج الأخذ بالرأي في عصر التابعين، فقد كانوا يستندون إلى المصالح في

اجتهادهم، شريطة ألَّا تتعارض مع النصوص؛ إذ كان يكفي عدم التعارض لإعمال المصالح. وهذا ما يفيده الرجوع إلى كتاب «ولاة مصر وقضاتها» للكندي.

وقد جرى الإمام مالك على هذا المنهج، فاعتبر المصالح واستند إليها في تقديره للأحكام الشرعية. من ذلك فتواه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة التي تتضرَّر به، حتى لا يلحقها أذى من تعيير اجتماعيٍّ، أو أنفة زوج كما يقول، وذلك في إطار الأعراف الاجتماعية السائدة؛ فالأذى هنا نفسيٌّ ناشئ من المواضعات والتقاليد. ومع ذلك، فإن الآية عامَّةٌ في توجيه الوالدات بإرضاع أولادهنَّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمَّ الرضاعة.

ومن ذلك فتواه بسجن المتهم إذا قامت قرائنُ على ارتكابه السرقة، وقبل أن تقوم البيِّنة الشرعية على ارتكابه هذه الجريمة. وإنما ذلك لمراعاة مصلحة أصحاب الأموال الذين قد لا يتمكَّنون من إقامة البيِّنة على السارق، ويرجون أن يؤدي سجنُه إلى اعترافه بجريمته.

ومن ذلك أيضًا تضمين الأجير المشترك، كالناقل الذي يدَّعي ضياع المنقول أو سرقته. ومن ذلك أيضًا فتواه في المرأة تطلَّق، وهي من ذوات الحيض، وتأتيها الدورة مرةً بعد الطلاق، ثم ينقطع حيضها ولم تبلغ سنَّ اليأس حتى تعتدَّ بالأشهر؛ أنها تنتظر تسعة أشهر ثم تعتدُّ بعد ذلك ثلاثة أشهر. والمصلحة التي أرادها مالكٌ هي مصلحة هذه المطلَّقة في انقضاء عدَّتها حتى تستطيع أن تتزوج بعد ذلك، كما أن في احتساب العدَّة بهذه الطريقة تحقيقًا لمصلحة المطلِّق نفسه، حتى لا يستمرَّ في الإنفاق عليها فترة العدَّة الطويلة إذا أجبرناها على الانتظار إلى أن يأتيها الحيض مرةً أخرى، وقد أخذت كثيرٌ من القوانين المعاصرة برأي مالكٍ في هذا الشأن.

والذي يُستخلص من هذه الفتاوى أن الإمام مالكًا استمرَّ على منهج كبار الصحابة في إعمال المصالح التي لا تتعارض مع النصوص، وهو بهذا لا يقدِّم المصلحةَ على النصِّ، وإنما يشترط لاعتبارها ألَّا تبطلها النصوص.

وكان ضبط الشافعي للقياس، وإحلاله له محلَّ الرأي بمعناه الواسع، ذا

أثر كبير في المنع من الاستدلال بالمصالح إذا لم تكن مؤيدةً بالنصوص. ذلك أنه أراد ضبط المنهج الأصولي، فأوجب ألَّا يعمل الفقيه بالاستحسان، كما أوجب عدم الاستناد إلى المصلحة التي لا يشهد لها نصٌّ معيَّن. ويتضح ذلك من تقييده للاجتهاد وتسويته بالقياس، فالاجتهاد عنده هو القياس، وهما مترادفان، ومعنى ذلك بالنسبة إلى المصلحة أنها لا تعمل إلا إذا اتفق الأصل والفرع في العلَّة المنصوص عليها أو التي دلَّت عليها النصوص. والعلَّة هي مظنَّة المصلحة، وتشير إليها وترتبط بها. غير أن الاختلاف بينهما هو أن العلَّة أكثر انضباطًا من الحكمة أو المصلحة أو المقصود، وهي التي يجري التعليل بها والاستناد إليها.

والذي يُستخلص من تحليل مذهب الشافعي في الاجتهاد وعلاقته بالقياس وفي تحديده لمفهوم العلَّة وعلاقته بالحكمة أو المصلحة أنه لا يرى للمصلحة وجودًا مستقلًا عن النصوص، وأنها تابعةٌ لها. وبهذا لم يكتفِ بعدم تعارض المصلحة مع النصوص لإعمالها وتقرير الحكم الشرعي على أساسها، وأوجب بدلًا من ذلك وجودَ أصلٍ أو نصٍّ يشهد للمصلحة بالاعتبار.

ولا يختلف موقف إمام الحرمين الجويني والغزالي عن ذلك؛ إذ إن المصلحة عندهما دليلٌ يستند إليه في الوصول إلى الحكم الشرعي، لكن يلزم إعمالها في إطار قياسٍ بأركانه المختلفة، طبقًا لما تقدَّم. وقد أثار الغزالي اصطلاح مقاصد الشريعة فيما يبدو لي عند حديثه عن المصلحة حديثًا هاجم فيه أولئك الذين أرادوا أن يتوجوها دليلًا حقيقيًا قائمًا بذاته، معلنًا بغبطة كاملة أنها ليست كذلك، وإنما هي من قسم المناسب في كتاب القياس، وتستطيع أن تؤدي وظائفها الكاملة من موقعها هناك. وتأثَّر به كثيرون، من بينهم الآمدي الذي اعتبرها مما ظُنَّ أنه دليلٌ صحيح وليس كذلك[١٢٣].

أما الزركشي وابن الحاجب وابن قدامة في «مختصر الروضة» والطوفي في شرحه هذا المختصر، فقد ألحقوها بتصنيفٍ مختلفٍ أسموه «الأدلَّة المختلف فيها». ويعلي هذا التصنيف المختلف عن تصنيف الغزالي من شأن المصلحة بأن صارت دليلًا مستقلًا، وإن كان مختلفًا فيه.

---

(١٢٣) الإحكام (٤/ ١٢١).

وقد حظي هذا التصنيف بالقبول في المؤلفات الأصولية الحديثة. ولم يدر في ذهن الغزالي أن يحظى مصطلحه «مقاصد الشرع» في الإشارة إلى المصالح المعتبرة هذا القبول الذي حظي به في العصر الحديث لأسبابٍ لا تبعد كثيرًا عمّا أراده الغزالي، وإن تأثرت بمصدر آخر هو الشاطبي الذي أفرد الجزء الثاني من موافقاته لبيان المقاصد الشرعية، رغبةً منه في الرجوع إلى هذه المقاصد للتوفيق بين مذهبي مالكٍ وأبي حنيفة. وهكذا تأكَّد وجوب شهادة النصوص للمصلحة لاعتبارها والعمل بها في تقرير الحكم الشرعي، بعد أن كان الاكتفاء في عصر الصحابة باشتراط عدم معارضتها للمبادئ والأصول المتضمنة في النصوص.

وقد كانت هذه النقلة (من مجرَّد اشتراط عدم التعارض إلى الإصرار على شهادة النصوص) ذات أثر كبير في تصوير أتباع الإمام مالك لمذهبه في المصلحة، وإعادة التفكير فيه، على أساس أنه هو الآخر يشترط لإعمال المصلحة شهادة النصوص لها. ومن هنا كان اكتشاف مصطلح المصالح المرسلة، وإعادة تعريفها بأنها التي لم تشهد لها النصوص بالاعتبار أو الإلغاء، وإن شهدت لجنسها؛ خطوةً مهمَّة في تقريب مذهب الإمام مالك في المصلحة، وهو المذهب الذي صاغه في إطار التوسُّع في مفهوم الاجتهاد، إذا ما قورن بمذهب الإمام الشافعي الذي حدَّد الاجتهاد وقصره على القياس.

وليس هذا فحسب، فقد بذل الشافعية هم الآخرون جهدًا في توضيح موقفهم من الاعتراف بالمصالح والمصالح المرسلة، وأن الإصرار على إعمالها في إطار قياسيٍّ (المناسب المرسل) لا يستلزم إهمال مصالح الخلق في التشريع أو تجاهلها وعدم النظر إليها. وتجدر قراءة الشاطبي المالكي والعز بن عبد السلام الشافعي في إطار الاتجاه إلى موقفٍ موحَّد من إعمال المصالح وتأخُّر منزلة المصلحة وتبعيتها للنصوص. وبهذا تمَّ تجاهل الفروق بين المراحل التاريخية وظروف التطوُّر، ولم يعد هناك من فرقٍ بين موقف الإمام مالك والشافعي. وأصبح مجرَّد التفكير في استقلال المصالح عن النصوص عند مالكٍ شبهةً يجب ردُّها والعمل على إبطالها بأبلغ الأدلَّة وأشدها حسمًا. وليس هذا فحسب، وإنما أُعيد تفسير مذاهب الصحابة وفتاويهم في إطار تحديد علاقة المصالح بالنصوص، وأن المصالح لم تعمل عندهم إلا إذا كانت تابعةً للنصوص.

وتتفق الكتابات الحديثة المتعلِّقة بالمصلحة على النظر للمصالح بمعيار علاقتها مع النصوص، وتأخر الأولى عن الثانية وتبعيتها لها. وقد أدت هذه التحليلات - فيما يبدو لي - إلى ضمور دور المصالح في العمل الفقهي، وإلى غياب التفريق بين المراحل المختلفة التي مرَّ بها تطوُّر التفكير الفقهي والأصولي ووضعها جميعها في إطار واحد؛ ولذا فإنني أرى وجوب التفريق بين المراحل المتمايزة التالية في النظر إلى المصالح.

أولها: مرحلة التوسُّع في الاجتهاد قبل صياغة الشافعي لنظريته الأصولية، وفي هذه المرحلة نالت المصالح اعترافًا أكبر، واستند إليها القضاة والفقهاء في عملهم، ولم يكن هناك مانعٌ من العمل بالمصلحة إلا إذا ثبت معارضة النصوص لها. ويشهد لهذا مذهب الصحابة في العول في الميراث، وهو زيادة الأسهم المستحقة للورثة عن أصلها، وليس أخذهم بوجوب إدخال النقص على الجميع إلا تطبيقًا لهذا الأصل، ومن ذلك ما أخذ به عمر في المسألة المشتركة وحكمه في آخر الأمر بالتشريك بين الإخوة الأشقاء والإخوة لأُمٍّ على الرغم من أنه كان يحكم بإعطاء الإخوة لأُمٍّ ثلث التركة دون الإخوة الأشقاء الذين يرثون بالتعصيب، والذين لا يبقى لهم شيء من التركة.

الثانية: المرحلة التالية لصياغة الشافعي نظريته الأصولية، بما تضمَّنته من ضبط الاجتهاد وتقييده بالقياس الذي يعني إعطاء فرع غير منصوصٍ عليه حكم الأصل المنصوص عليه لاشتراكهما في العلَّة. وطبقًا لهذا التقييد، لا تستقلُّ المصلحة في تقدير الحكم الشرعي، وإنما يجب اعتبارها إذا استندت إلى النصوص؛ إذ يجب أن يوجد الأصل المنصوص على حكمه لإشراك الفرع الذي لم يُنص على حكمه ما دامت العلَّة تجمع بينهما. ولهذا يمكن إعطاء المخدرات حكم الخمر، لاشتراكهما في علَّة الحكم، وهي السُّكر واضطراب العقل.

الثالثة: مرحلة إعادة تفسير المذاهب والاتجاهات السابقة على نظرية الشافعي لنفهمها فهمًا جديدًا يؤكِّد عدم خروجها على ما قررته هذه النظرية، وهي وجوب تبعيَّة المصلحة للنصوص وعدم استقلالها عنها. وفي هذه المرحلة جرى تأكيد صلاحية منهج الشافعي في إعمال المصالح لتحقيق مقاصد الخلق

الضرورية والحاجية والتحسينية على النحو الذي فصَّله العز بن عبد السلام والشاطبي وابن القيم، واستقرَّ الأمر بهذا على وجوب شهادة النصوص للمصالح لإعمالها.

وسنجد أن المرحلة الأولى التي تميَّز بها فقه الصحابة في إعمال المصلحة بوجه الاستقلال عن النصوص شريطة عدم التعارض بينهما، هي المرحلة التي شهدت التوسُّع في إعمال المصالح والمقاصد. وهذا هو الذي يفيده كلام الشافعي نفسه من أن الصحابة لم يكونوا يذكرون نصًّا لكل حكمٍ أفتوا به، ولا يشيرون إلى المصلحة المستخلصة من النصِّ لبناء الحكم عليه، ولكنهم كانوا «يخوضون في وجوه الرأي من غير التفاتٍ إلى الأصول، كانت أو لم تكن». ومعنى ذلك أن الصحابة كانوا يجتهدون بالاستناد إلى المصلحة دون أن يعنوا أنفسهم بالوقوف على الأصل أو الأصول التي تشهد لهذه المصالح بالاعتبار. ومعنى قوله أنهم كانوا «يخوضون في وجوه الرأي» أنهم كانوا يقلبون وجوه المصالح، ويخوضون في معرفتها، والإشارة إليها، دون التفاتٍ إلى الأصول والنصوص، وجِدت أو لم توجد.

والفرق بين هذه المرحلة وما تلاها هو النظر إلى المصلحة بوجه الاستقلال، واعتبارها في تقدير الحكم الشرعي، دون التفاتٍ إلى الأصول كانت أو لم تكن، أما بعد ذلك فقد أصبحت المصلحة تابعةً للنصوص، ولم يعد يجري إعمالها إلا في إطار قياسيٍّ.

ويقصر هذا الإطار عن تحقيق المصالح في الأمور كلِّها، من ذلك موضوع ترتيب الولايات من القضاء والحسبة والمظالم والإجراءات المختلفة في الدعاوى، وأساليب محاسبة الحكَّام، وطرق ترتيب الوظائف في الدولة، وما إلى ذلك مما يصعب اتباع الإطار القياسي لتقدير الأحكام الشرعية في هذه الأمور جميعها. نعم، يصحُّ الاستناد إلى هذا الإطار حينما يوجد أصلٌ معيَّن للفرع الذي لم يُنص على حكمه، لكن لا يلزم ذلك في الأحوال كلِّها. ومع هذا، فيلزم في كل الأحوال عدم معارضة المصلحة للنصِّ؛ كي يصحَّ الاستناد إليها في تقدير الحكم الشرعي.

(ج) التعريف بالمقاصد وتصنيفها:

مقاصد الشريعة هي الأهداف والغايات التي جاءت الأحكام الشرعية لتحقيقها، أو أنها هي المعاني والحِكم الملحوظة للشارع. ومن هذه المقاصد حفظُ النظام، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، وإقامة المساواة بين الناس. ويعرِّفها علال الفاسي بقوله: «المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكمٍ من أحكامها». ومن أمثلة مقاصد الشريعة فيما يذكره: «عمارة الأرض، وحفظ نظام التعايش فيها، واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها، وقيامهم بما كُلِّفوا به من عدلٍ واستقامة، ومن صلاحٍ في العقل وفي العمل، وإصلاح في الأرض واستنباط لخيراتها، وتدبير لمنافع الجميع».

وثبت بالاستقراء فيما ذكره الغزالي أن مقصود الشرع من الأحكام الشرعية حفظُ مصالح الخلق في دينهم ونفوسهم وعرضهم وعقلهم ومالهم على المستويين الجماعي والفردي، مع تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند التعارض بينهما.

ولعل الإشارة إلى تقسيم ابن عاشور للمقاصد أن تزيد مفهومها وضوحًا؛ ذلك أنه يميز بين هذه الأقسام التالية للمقاصد، وهي:

الأول: المقاصد العامَّة التي أرادت أحكام الشريعة تحقيقها بوجه العموم، كحفظِ مصالح الخلق وإقامة العدل.

الثاني: المقاصد الخاصَّة التي أرادت أحكام الشريعة تحقيقها فيما يتعلَّق بموضوعٍ أو موضوعاتٍ فقهية معينة. وذلك كمقاصد الشارع في أحكام العائلة، ومقاصدِ الشارع في التصرفات المالية، وفي المعاملات المتعلِّقة بالعمل والعمَّال، وفي القضاء والشهادة، وفي التبرعات.

الثالث: المقاصد الجزئيَّة المتعلِّقة بالهدف وحكمة التشريع في الأحكام الجزئية المختلفة؛ كتحريم الربا والخمر، وإيجاب الزكاة، وشرع الرهن، والكفالة (توثيق الحقوق وحفظها)، وشرع الزواج والطلاق، والخلع، وما إلى ذلك من أحكام.

ويجري التعبير عن المقاصد في لغة الفقهاء بالمصالح والحِكم (أي حكم

التشريع وغاياته)، كما يجري التعبير عنها بالعِلل والمعاني. والعلَّة تُطلق طبقًا لما تقدَّم على أمرين هما:

(١) الوصف الظاهر المنضبط المشترك بين الأصل والفرع في إجراء القياس.

(٢) الحكم والمصالح المقصودة من شرع الحكم.

والمقاصد بهذا إنما تُطلق على العلل بمعناها الثاني.

أما المعاني فتُستعمل في لغة الفقهاء للدلالة على الحِكم والمصالح والمقاصد التي أرادها الشارع. ويسجِّل الغزالي متابعة الصحابة للمعاني واعتمادهم على إدراك المقاصد الشرعية في استنباط الأحكام. يقول في هذا: «وعلى الجملة: المفهوم من الصحابة اتباع المعاني، والاقتصار في درك المعاني على الرأي الغالب دون درك اليقين».

(د) أنواع مقاصد الشريعة:

مقصود الشارع من وضعِ الشريعة مما ثبت باستقراء الأحكام الشرعية، هو حفظ المصالح العامَّة للخَلْق. ومقاصد الشريعة في ذلك على ثلاثة أنواع:

أولها: حفظ المصالح الضرورية التي لا بدَّ منها لقيام مصالح الدنيا والدين، حتى إذا فُقدت لم تنتظم الحياة الإنسانية، وتعطَّل عملها، من ذلك حفظ الدين والحياة، فإنهما إذا فُقِدا بالهجوم على الدين وبالقتل أدى ذلك إلى شيوع الفوضى في المجتمع واضطراب الوجود الإنساني نفسه. ومن هذه الضرورات حفظ النسل، والعقل، والمال؛ فإن التعدي على هذا مما يؤدي إلى تهديد الوجود الإنساني؛ ولذا شُرع القصاص والعقاب على السرقة.

الثاني: المقاصد الحاجية، وهي حفظ المصالح التي تمسُّ حاجة الناس إليها لا بقصدِ الحفاظ على أصل وجودهم، وإنما بقصدِ رفع المشقَّة والحرج عنهم. من ذلك شرع العقود، وإيجاب التعاون في الزواج، والعدل في المجتمع، وشرع الزكاة والعشور؛ لأن عدم وجود هذه التشريعات لا يؤدي إلى فوات الوجود الإنساني واستمراره في الأرض، وإنما سيؤدي غيابها إلى المشقَّة والحرج والضيق وصعوبة قيام الإنسان بواجباته.

الثالث: المقاصد التحسينية، وهي التي تهدف إلى تحسين قيام الإنسان بواجبه في هذه الدنيا، ولا يؤدي فوات هذا النوع من المقاصد إلى تهديد الوجود الإنساني أو إلى الحرج والمشقَّة، وإنما يؤدي غيابهما إلى نوعٍ من تدنِّي الحياة الإنسانية، وعدم الترقي بها. وتتحقَّق هذه المقاصد التحسينية عن طريق الأحكام المتعلِّقة بمكارم الأخلاق، والآداب ومحاسن العادات؛ كالحكم بإفشاء السلام، وستر العورات، والتطيب، وقيام الوليِّ بتزويج المرأة، والإلزام بإعطائها مهرًا، وإيجاب المتعة عند الطلاق، وما إلى ذلك من أمور تحسِّن الوجود الإنساني وترقيه.

والنتائج المترتبة على هذا التقسيم عديدة، من بينها:

- التكامل بين هذه الأقسام؛ إذ الضروري أصل للحاجي والتحسيني، بحيث يؤدي اختلال الضروري إلى اختلالهما، كما أن اختلالهما يهدِّد الضروري لأنهما يحافظان عليه، يوضِّحه أنه إذا لم تُشرع العقود - وهي في مرتبة الحاجيات - لأدى ذلك إلى فتح باب التعدي على الأموال وسرقتها.

- ترتيب الأولويات بين المصالح المختلفة عند تعارضها والترجيح بينها، بحيث يتقدَّم عندئذ ما هو ضروري على ما هو حاجي أو تحسيني، وينبني بحث فقه الأولويات في الشريعة على هذا الأساس.

- مدار الأحكام الشرعية على رعاية هذه المصالح بأنواعها الثلاثة، وقد ثبت ذلك باستقراء هذه الأحكام فيما استقرَّ عليه التفكير الفقهي والأصولي. وبهذا دخلت مقاصد الخلق في معاشهم وفي دنياهم في دائرة الاعتراف الشرعي بها، مما يؤدي في النهاية إلى إدراج المصالح الحقيقية للناس ضمن المصالح المعتبرة شرعًا.

- ييسِّر شمول هذا التقسيم لأنواع المصالح المختلفة الاستناد إلى أصل المصلحة في البحث عن الحكم الشرعي، حتى لا يجد المجتهد مشكلةً كبيرةً في تقدير الحكم الشرعي بالاستناد إلى هذا الأصل، وتعتمد الكثير من الاجتهادات الحديثة على كثيرٍ من المصالح الجزئية التي لم تشر إليها المؤلفات الفقهية المعروفة. من ذلك على سبيل المثال الاجتهاد الخاص بتأقيت مدَّة

الوقف الخيري (مرور ستين عامًا أو انقضاء جيلين من المنتفعين) تحقيقًا لمصلحة معيَّنة، هي عدم تجميد الأراضي الموقوفة والمنع من حجبها عن التداول، وسواء اعتبرناها من قبيل المصالح الحقيقية أو الموهومة فقد اعترف بها قانون الوقف المصري الصادر عام (١٩٤٦م)، وبنى عليها حكمه بالتأقيت. ومنه كذلك إعطاء المرأة الحقَّ في طلب التفريق من زوجها للعيبِ أو للحكم بحبسه مدة ثلاثة أعوام، أو لهجرها، فإن مبنى هذه التشريعات التي أخذت بها معظم قوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي على المصلحة. وينبني الحكم بالوصية الواجبة في قانون الوصية المصري الصادر عام (١٩٤٦م) على رعاية مصالح الأحفاد الذين توفي أبوهم في حياة المورث، وعلى توفير نصيبٍ لهم بما يكفل حمايتهم من التشرُّد والضياع. وبهذا يؤدي الوعي بالمصالح إلى إقدار الفقه الإسلامي على الاستجابة للمصالح المستجدَّة في العصر الحديث.

(هـ) مقاصد الشريعة في العصر الحديث:

زاد الاهتمام بالاستناد إلى المصالح ومقاصد الشريعة في تقدير الحكم الشرعي في هذا العصر، تأكيدًا لجهود التحديث، ودعمًا لأنشطة التجديد وصياغة النُّظم الاجتماعية في البلاد الإسلامية وَفْقَ متطلبات الحياة الحديثة. ويشير محمد خالد مسعود إلى وثيقة عهد الأمان التي صدرت في تونس عام (١٨٥٧م)، وهي الوثيقة التي تضمَّنتها مبادئ أقدم دستور عرفته البلاد الإسلامية، وهو الدستور الذي صدر في تونس عام (١٨٦٠م). وقد تضمَّنت مقدمة هذه الوثيقة الإشارة إلى المصلحة واتفاق التشريع الإسلامي مع ما توجبه مصالح الناس في الحرية وحفظ الأمن والمساواة.

وقد تولَّدت ظروفٌ كثيفة بعد هذا التاريخ، بدت خلالها هشاشة البدائل المطروحة، سواء الرغبة في الاستمرار على الأخذ بالمذهب الواحد، مثلما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، أو الاستمداد من القوانين الغربية. وبدا للكثيرين ضرورات الأخذ في التشريع من المذاهب الفقهية المختلفة لتعزيز البديل الشرعي. وجدَّد المصلحون النظرَ في مقاصد الشريعة لتحقيق أمرين على قدر كبير من الأهمية: أولهما توفير هذه المقاصد بما يمكن أن يكون أساسًا للاختيار من المذاهب الفقهية، والآخر النظر في المسائل المستحدثة مما لا

عهد للفقهاء به على ضوء هذه المقاصد الكليَّة العامَّة. وبدت جهود الشاطبي في هذا السياق مصدرَ إلهامٍ خاصٍّ لهؤلاء الإصلاحيين. ولم يلبث محمد عبده بعد نشر «**الموافقات**» في تونس عام (١٨٨٤م)، ومطالعته له، أن أوصى تلاميذه بالإفادة منه؛ فهذا تلميذه عبد الله دراز الذي نشر الموافقات نشرةً محقَّقة يسجِّل وصية الأستاذ بقوله: «كثيرًا ما سمعنا وصية المرحوم الشيخ محمد عبده لطلاب العلم بتناول الكتاب، وكنت إذ ذاك من الحريصين على تنفيذ هذه الوصية»[١٢٤]. ويفصل الخضري ما في هذه الوصية نوعًا ما، فيقول: «أشار (أي الأستاذ) عليَّ أن أطالع كتاب الموافقات للشاطبي، وأمزج ما أُملي بشيء منه، ليكون في ذلك لفتًا لطلاب هذا العلم إلى معرفة أسرار التشريع الإسلامي، فاستحضرت هذا الكتاب، وأخذت أطالعه مرات، حتى ثبتت في نفسي طريقة الرجل، وجعلت آخذ منه الفكرة لأضعها بين ما آخذه من كتب الأصول»[١٢٥]. ولعلَّ محمدًا الطاهر بن عاشور قد بلغ ما لم يبلغه غيره من تلامذة محمد عبده في التعبير عمَّا أراده الأستاذ من المقاصد.

ويظهر اهتمام محمد عبده بالمقاصد مرةً أخرى في تقريره المتعلِّق بإصلاح أحوال المحاكم الشرعية في مصر والسودان؛ إذ تضمَّن هذا التقرير الدعوةَ إلى الاستناد لمصالح الناس في الحكم بين الناس، ورأى أن مراعاة مصالح الناس هي خاصيَّة التشريع الإسلامي التي أكسبته هذه القدرة على التطوُّر والتلاؤم مع احتياجات المجتمع. وفضلًا عن ذلك، دعا محمد عبده إلى وجوب تفسير النصوص الشرعية على أساسٍ من الاهتداء إلى مقاصد النصوص بدلًا من المتابعة الحرفيَّة لها، دون فهمٍ لمراميها وغاياتها. ونتيجة لذلك، نشرت مجلة المنار عام (١٩٠٦م) رسالة الطُّوفي في المصلحة في الجزء العاشر من الباب التاسع في أصول الفقه تحت عنوان: «**أدلَّة الشرع وتقديم المصلحة في المعاملات على النصِّ**». ولم يكن هذا العنوان الأقرب إلى الذوق الصحفي هو العنوان الذي اختاره الطوفي لرسالته. وأُثير منذ هذا الحين جدل واسع حول قضية علاقة المصلحة بالنصِّ، فصدرت العديد من الرسائل والبحوث التي

---

(١٢٤) الموافقات (٨/١).

(١٢٥) محمد الخضري، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، (بدون بيانات)، ص١١.

تنتصر لتبعيَّة المصلحة للنصِّ وتأخُّرها عنه في الترتيب. وهاجمت هذه الرسائل والبحوث دونما تدقيق موقف الطوفي على أساس أنه يرى تقديم المصلحة على النصوص عند التعارض بينهما.

وليس هنا محلُّ بحث حقيقة موقف الطوفي، ولا أسباب الهجوم عليه من قِبل هؤلاء الباحثين، وإن كان من الضروري الالتفات إلى أن وضع المصلحة بعد النصوص قد يكون مناسبًا من الوجهة الكلامية، لكنه لا يعين على فهم الاجتهادات العديدة لفقهاء الصحابة، مما استندوا فيه إلى المصلحة وحدها؛ كجمع القرآن، ووضع النظام المالي. ومن جهة أخرى، فإن وضع القضية على هذا النحوِ من شأنه أن يثير الغموض في العلاقة بين النصوص والمصلحة؛ ذلك أنه قد استقرَّ الرأي على أن الأحكام الشرعية مبنيَّةٌ على اعتبار المصلحة وأنه لا تعارض بينهما.

وكذلك فإن الإصرار على تبعيَّة المصلحة للنصوص من شأنه أن يصل بنا إلى ضرورة البحث عن شواهد من النصوص لكل مصلحة جديرة بالاعتبار. والموقف الأعون من الناحية التشريعية هو الاكتفاء بعدم معارضة المصلحة محل البحث والنظر للنصوص، فإن ما ألغته النصوص لا يجب قبوله أو العمل به. أما ما سكتت عنه النصوص من المصالح فيمكن اعتباره.

ولا محلَّ لافتراض التعارض بين المصالح والنصوص فيما يمكن اعتباره منها. ومستند افتراض عدم التعارض بين المصالح والنصوص هو ما بيَّنه الطوفي بقوله: «من المحال أن يراعي الله عزَّ وجلَّ مصلحة خلقه في مبدئهم ومعادهم ومعاشهم، ثم يهمل مصلحتهم في الأحكام الشرعية؛ إذ هي أعمُّ، فكانت بالمراعاة أَوْلَى، ولأنها أيضًا من مصلحة معاشهم؛ إذ بها صيانة أموالهم ودمائهم وأعراضهم، ولا معاش بدونها، فوجب القولُ بأنه راعاها لهم. وإذا ثبتت رعايته إيَّاها، لم يجز إهمالُها بوجه من الوجوه، فإن وافقها النصُّ والإجماع وغيرهما من أدلَّة الشرع فلا كلام، وإن خالفها دليل شرعيٌّ وُفِّقَ بينه وبينها بما ذكرنا: من تخصيصه بها وتقديمها بطريق البيان»[١٢٦].

---

(١٢٦) مجلة المنار (٩/ ٧٢١)، مقال بعنوان: «أدلة الشرع وتقديم المصلحة في المعاملات على النص»، غرة شوال (١٣٢٤هـ)، نوفمبر (١٩٠٦م).

إنني أودُّ أن أؤكد أخيرًا أن هناك عددًا كبيرًا من القضايا التي أثيرت في علم الأصول، مما يمكن أن يدرج في مسائل علم الكلام، غير أنها لا تقدِّم أيَّ عونٍ للمشتغل بالعمل الفقهي والقانوني أو القضائي. ولهذا فإن وجودها في علم أصول الفقه لا مسوِّغ له. لقد اجتهد علماء الصحابة وقضاتهم في العمل بالمصلحة، وكانوا يقلبون وجوهها، ويخوضون بوجوه الرأي فيها من غير التفاتٍ إلى الأصول كانت أو لم تكن، طبقًا لما ذكره الجويني فيما سبقت الإشارة إليه.

(و) قواعد المقاصد:

أثبت الشاطبي في الموافقات عددًا كبيرًا من القواعد المتعلِّقة بالمقاصد. وفيما يلي إثبات أهم هذه القواعد مع بيان معانيها:

أ - **وَضْعُ الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معًا**: معنى هذه القاعدة أن الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية والشرائع السابقة عليها ليست إلا لتحقيق مصالح الناس في هذه الدنيا وفي الآخرة.

ب - **القواعد الكليَّة من الضروريات والحاجيات والتحسينات لم يقع فيها نَسْخٌ، وإنما وقع النَّسْخُ في الجزئيات**: معنى هذه القاعدة أن المصالح الكليَّة العامَّة لا يقع النسخ في اعتبارها، وإنما يقع النسخ في اعتبار بعض جزئياتها.

ج - **الشارع لا يقصد التكليف بالمشاق**: لا يكلِّف الشارع بإتيان الأفعال قصدًا للمشقَّة المترتبة عليها، وإنما يقصد الشارع من التكليف تحقيقَ المقاصد والمصالح. ومع ذلك، فإن الشارع يكلِّف بإتيان الأفعال المحقِّقة للمصلحة، وإن لزم عن ذلك وجود المشقَّة. وهذا ما أوضحه الشاطبي بقوله: لا نزاع في أن الشارع قاصدٌ إلى التكليف بما فيه مشقَّة، لكنه لا يقصد هذه المشقَّة؛ بل يقصد ما في ذلك من المصلحة. وعلى سبيل التوضيح، فإن الشرع يوجب الوفاء بالعقود، لا لإعنات المتعاقدين وإحراجهم والمشقَّة عليهم، مع ما قد يحدث من المشقَّة في ذلك أحيانًا؛ وإنما هو يقصد من إيجاب ذلك إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين من إلزامهم بوجوب الوفاء بتعاقداتهم.

د - **التكاليف العادية يكفي لصحتها ألَّا يكون القصدُ فيها مناقضًا لقصدِ**

الشارع ولا يُشترط فيها ظهور الموافقة: معنى هذه القاعدة أنه يكفي عدم التعارض مع قصدِ الشارع ليتحقَّق امتثالُ المكلَّف في إتيان التكاليف المتعلِّقة بالعادات والمعاملات. وقد أشرت إلى منهج الصحابة والتابعين في الاكتفاء بعدم معارضة النصوص للمصالح لاعتبارها.

هـ - **تحديد مقاصد الشريعة لا ينبني على ظنونٍ وتخميناتٍ**: معنى هذه القاعدة أنه يلزم اتباع الطرق المعهودة المعتبرة للوصول إلى اليقين في معرفة قصد الشارع. أما مجرَّد الظنون والافتراضات، فلا يكفي الاستناد إليها في اعتبار مصلحة ما من مقاصد الشارع. وتتفرَّع هذه القاعدة عن نظرية الشافعي في قطعيَّة الأصول التي تنبني عليها الأحكام، وعبارة الشاطبي في ذلك أن: «كل أصلٍ يُبنى عليه الفقه ويرجع إليه في استنباط أحكامه يجب أن يكون قطعيًّا»، وسواء قصد بالأصل الدليلَ من الكتاب والسُّنة أم القاعدة الكليَّة المأخوذة بالاستقراء من نصوص الشريعة أو الكليات الشرعية والمقاصد العامة، فإن مقاصد الشريعة مما يرجع إليه لفهم النصوص أو لتقدير الحكم الشرعي واستنباطه؛ ولذا وجب ألَّا ينبني تحديدها على الظنون والتخمينات، ووجب أن يكون مقطوعًا بها.

ز - **الأمر بالفعل يستلزم قصد الشارع إلى وقوع ذلك الفعل، والنهي عنه يستلزم القصد إلى منع وقوع المنهي عنه**: تقدَّم أن مجرَّد الأمر والنهي من الطرق التي يجري التعرف إلى مقصود الشارع من طريقها، فإن قوله: «افعل» يدلُّ على القصد إلى إيقاع هذا الفعل، وقوله: «لا تفعل» مما يدلُّ على القصد إلى المنع من وقوعه.

ح - **مدح الفعل دليلٌ على قصدِ الشارع إلى إيقاعه، وذمُّه دليلٌ على القصد إلى عدم إيقاعه**: معنى هذه القاعدة أنه يمكن التعرف إلى مقصود الشارع بالالتفات إلى ما ورد في النصوص من مدحٍ أو ذمٍّ؛ لأنهما يشعران بالقصد لإيقاع الممدوح، والمنع من إيقاع المذموم.

ط - **الامتنان بالنِّعم يُشعر بالقصد إلى تناولها والتمتُّع بها**؛ وذلك لأن الامتنان بالنعمة مُشعِر بمدحها، وقصد الشارع إلى الانتفاع بها.

ي - كلُّ أصلٍ ملائم لتصرفات الشارع، وكان معناه مأخوذًا من مجموع أدلَّته حتى بلغ درجة القطع، يُبنى عليه ويرجع إليه، ولو لم يشهد له أصلٌ معيَّن. ولا يُشترط لتحديد مقصود الشارع النصُّ عليه، وإنما يمكن استنباطه بمتابعة النصوص الشرعية واستقرائها إذا وجدناه ملائمًا لتصرفات الشارع في مناسباتٍ عديدة، ولو لم نجد نصًّا بعينه يشهد لهذا المقصود. من ذلك أن تقديم المصلحة العامَّة على المصلحة الخاصَّة مما عُرف أنه مقصودٌ للشارع، مع أننا لا نجد مثل هذه المصلحة في نصٍّ معيَّن، وإنما أفاد الاستقراء لقواعد الشريعة ومبادئها العامَّة أن هذا التقديم مناسبٌ لمسلك الشرع. من ذلك المنع من الاحتكار؛ وذلك لمعارضة مصلحة المحتكر للمصلحة العامَّة، وكذا شرع الجهاد مع ما فيه من مشقَّة على الجنود والمحاربين؛ وذلك لتحقيق المصلحة العامَّة، وما إلى ذلك من تشريعات تحقِّق المصالح العامَّة ولو مع التضحية بالمصالح الخاصَّة.

ك - كلُّ ما كان مكمِّلًا ومقوِّيًا لمقصودٍ شرعيٍّ فهو مقصودٌ تبعًا: تفيد هذه القاعدة إمكان استنباط المقاصد التابعة للمقاصد التي دلَّت عليها النصوص الشرعية، فإذا لزم عن المقاصد الأصلية مقاصدُ أخرى تقويها وتؤكِّدها دلَّ ذلك على أنها مقصودةٌ للشارع، وقد تقدَّم توضيح ذلك.

ل - إذا فهمنا من الحكم الشرعي حكمةً معينةً لشرعه، فلا يلزم من ذلك عدم وجود حِكَمٍ أخرى غيرها: هذه القاعدة تؤكِّد سابقتها؛ لأن إثباتَ مقصودٍ معيَّن للشارع من شرع الحكم لا ينفي وجود غير هذا المقصود، بل يستلزم اعتبار الشارع للمقاصد التابعة لهذا القصد، مما يؤكِّده ويقويه ويتفرع عنه، كما تقدَّم.

ومن الواجب العمل على استخلاص قواعد المقاصد التي عبَّر عنها الإمام الشاطبي وغيره في عملٍ مستقلٍّ، لتيسير فهم علم المقاصد وإمكان الاستفادة منه في التطبيقات القضائية، حتى ننتقل بهذا العلم من هذه الصياغة الفلسفية النظرية التي قدَّمها الشاطبي إلى المجال العملي التطبيقي.

(١١) مقارنة:

اتجهت النُّظم القانونية الحديثة إلى الاهتمام بالغايات العليا للتشريعات

والقوانين، مع النظر في الأهداف والمقاصد الجزئية للفروع القانونية. ويشترك الكثيرون من فقهاء هذه النُّظم مع الفقهاء المسلمين في التأكيد على قيمة العدل واعتبارها محور التفكير القانوني. وهناك كذلك نوع اتفاق على تعبير المصلحة عن العدل؛ إذ من العدل أن تتملَّك الزوجة نصيبها مما تكسبه، فيما يُعرف بحقِّ الكدِّ والسعاية، وهو ما يشجِّعها على الإنتاج والعمل، ويعود بالنفع على الأسرة والمجتمع. وتدلُّ براهينُ عديدة على أن للفضائل جميعها مزايا نفعيَّة.

(١٢) السياسة الشرعية:

تأتي السياسة في اللغة بمعنى القيام على الشيء بما يصلحه، وهي من ساس أي قام بالأمر ودبَّره. وتدلُّ في الاصطلاح بوجه العموم على تدبير شؤون الدولة الإسلامية بما يحقِّق مصلحة الأمَّة، أفرادًا وجماعاتٍ، ويتفق مع أصول الشريعة ومبادئها العامَّة وأحكامها. وتشمل بهذا اتخاذ ما يلزم مما يكون معه الناس أقربَ إلى الصلاح، وأبعدَ عن الفساد، وإن لم يضعه النبي ﷺ ولا نزل به وحي[١٢٧]. أو «هي ما يراه الإمام، أو يصدره من الأحكام، والقرارات زجرًا عن فسادٍ واقع، أو وقاية من فسادٍ متوقَّع، أو علاجًا لوضعٍ خاصٍّ»[١٢٨]. وهي كذلك: «تدبير شؤون الدولة الإسلامية التي لم يرد بحكمها نصٌّ صريح، أو التي من شأنها أن تتغيَّر وتتبدَّل بما فيه مصلحة الأمَّة، ويتفق مع أحكام الشريعة، وأصولها العامة»[١٢٩].

وتشمل موضوعات السياسة الشرعية فيما تفيده هذه التعريفات تحديد الحقوق والواجبات الخاصَّة بعلاقات الحاكم بالمحكومين، وبالسلطات المختلفة في الدولة من تشريعية، وتنفيذية، وقضائية. وهي عند عبد الوهاب خلاف: «تدبير الشؤون العامَّة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما لا يتعدَّى حدود الشريعة أو أصولها الكلية وإن لم يتفق وأقوال

---

(١٢٧) عبد الله محمد محمد القاضي، السياسة الشرعية مصدر للتقنين، دار الكتب الجامعية الحديثة بطنطا، (١٩٨٩م)، ص٣٢.

(١٢٨) يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، مكتبة وهبة، القاهرة، (١٩٨٩م)، ص٥١.

(١٢٩) محمود الصاوي، نظام الدولة في الإسلام، دار الهداية بمصر، (١٩٩٨م)، ص٣٩.

الأئمة المجتهدين. والمراد بالشؤون العامَّة للدولة كل ما تتطلبه حياتها من نظمٍ، سواء أكانت دستورية أم مالية أم تشريعية أم قضائية أم تنفيذية، وسواء أكانت من شؤونها الداخلية أم علاقاتها الخارجية. فتدبير هذه الشؤون والنظر في أُسسها ووضع قواعدها بما يتفق وأصول الشرع هو السياسة الشرعية»[١٣٠].

وتشتمل السياسة الشرعية على فروع السياسات التشريعية والقضائية والتنفيذية تحت عنوان المصلحة، هذه القوانين التي أصدرتها الدول الإسلامية المتعاقبة بالوسائل التشريعية السليمة، بدءًا من تشريعات عمر بن الخطاب المالية، ومرورًا بتشريعات المماليك والعثمانيين، وقوانين السياسة في مصر في القرن التاسع عشر. وقد طوَّر فقه السياسة الشرعية الفقه الجنائي والإجرائي لإقدار الدولة على ضبط الأمن الذي لا غنى عنه للمجتمع؛ إذ استلزمت السياسة أو المصلحة إضافة التعزيرات إلى الحدود لمواجهة الجرائم التي لا تدخل ضمن الحدود.

وكذلك شهد الفقه الإجرائي بتأثير السياسة هذا التوسُّع في طرق الإثبات على النحو الذي عبَّر عنه ابن القيم في كتابه «**الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**». وقد برهن نظام السياسة الشرعية على مدِّ الفقه الجنائي الإسلامي بالقدرة على الوفاء بالاختيارات المتنوِّعة للعديد من المجتمعات الإسلامية في العصر الحديث؛ فقد استخدم القانون الجنائي النيجيري الصادر عام (٢٠٠٠م) مصطلح التعزيرات في الإشارة إلى العديد من الجرائم البدنية والمالية، وهو الحال كذلك في القانون الجنائي الباكستاني، ناهيك عن الحال في البلاد العربية قبل فرضِ الاستمداد من الفكر القانوني الغربي. وكان قبول فقه السياسة الشرعية للتوسُّع في طرق الإثبات هو الذي أدَّى إلى يُسْرِ العمل بوسائل الإثبات العلمية والطب الشرعي في التحقيق والإثبات.

وفضلًا عن ذلك، تمدُّ السياسة الشرعية النظر الفقهيَّ الحديث في جانبه العامِّ بالأُسس اللازمة للتفكير في كثيرٍ من القضايا الضرورية للتنظيم السياسي

---

(١٣٠) عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، دار القلم، (١٩٨٨م)، ص٢١.

للدولة. من ذلك النظر في المبادئ الضرائبية التي تتبعها الدولة الحديثة، وكذا أحكام العملية الانتخابية، وتعدُّد الأحزاب السياسية في الدول الإسلامية المعاصرة في الواقع والمأمول، وحدود الحريات السياسية، والأخلاقيات المتبعة في السياسات الإعلامية، وحدود السلطة التنفيذية، وما إلى ذلك من موضوعاتٍ تزايد الاهتمام بها لدى مؤسسات البحث العلمي في الآونة الأخيرة.

وهكذا تضطلع السياسة الشرعية بتدبير الشأن العام للأمَّة ومصالحها المتغيِّرة وَفْقَ أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها. وبوسع فقه السياسة الشرعية أن يخرج الفقه من التقليد، وأن يربطه بالمشكلات الواقعية التي تواجه المجتمعات الإسلامية، وأن يحقِّق التوازن بين السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، لتوجيه طاقات الأمَّة نحو التقدُّم والنموِّ وبناء دولة القانون، وتقوية دور الأمَّة.

والأمر بحاجة إلى جهدٍ كبيرٍ لتأكيد هذا التوازن وفق مبادئ الشريعة الثابتة في العدل والحرية والمساواة، وللخروج من دائرة النفاق الموروث للسلطة التنفيذية، مما استقرَّ لدى العديد من كتَّاب مرايا الأمراء، الذين رأوا المصلحة فيما يجريه وليُّ النِّعم؛ فهذا ابن الحداد يقول: «إن من وصفِ الرياسة العدلَ في السياسة لتعمرَ البلادُ ويأمن العبادُ، ويصلح الفساد، وتجري الأمور على وفق السداد، وتنتعش الرعيَّة، وتقوى على أداء الفرائض الشرعيَّة، وتلك نعمةٌ أودعها الله قلوب الولاة والملوك، لينصفوا بين المالك والمملوك، والغني والصعلوك»(١٣١). وأدى هذا في النهاية إلى استشعار الحكَّام أن الرعيَّة: «ما هم إلا عبيد إحساناتهم»، طبقًا لتعبير توفيق خديوي مصر في مواجهة قائد الثورة العرابية.

ويستلزم الاستناد إلى السياسة الشرعية المحقِّقة للعدالة والمصلحة في كل ذلك الالتزام بالضوابط التالية:

أ - عدم مخالفة النصوص الشرعية، بتجنُّب المفاسد التي أوجبت إهدارها.

---

(١٣١) الجوهر النفيس لابن الحداد، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، (١٩٩٦م)، ص١١٨.

ب - التقيُّد بضوابط الاجتهاد في فهم النصوص وتفسيرها، ورعاية أجناس المصالح التي أرادتها.

ج - توافر شروط الاجتهاد في الناظر في المسألة المعروضة، وهذا هو الاجتهاد الجزئي، وذلك حتى لا يترك الأمر لمن لا قدرة لهم، ولا توفيق لديهم.

أمثلة السياسة الشرعية في العصر الحديث:

تشمل السياسة الشرعية كلَّ مستحدثٍ عصريٍّ ينتفع به الناس من التنظيمات الإدارية والتراتيب السياسية والقضائية، مما لم يرد فيه نصٌّ ولا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية؛ كسنِّ الأنظمة وإصدار اللوائح، وتنظيم أمور التقاضي، وتصنيفات الموظفين، وتقدير رواتبهم، ونحوها، هي في الحقيقة أمثلة لإعمال المصالح المعتبرة دون غيرها من المصالح المتخيلة أو الموهومة، أو غير الملائمة التي ألغاها الشارع وألحقها الأصوليون بالمناسب الغريب. وقول الغزالي في ذلك: «فأمّا المناسب الغريب الذي لا يلائم، ولا يشهد له أصلٌ معيَّن؛ فهو مردود، لا يُعرف فيه خلاف»[١٣٢].

ويجري الترجيح بين المصالح بالنظر إلى سُلَّمِ الأولويات الذي يرجِّح القطعي على الظني، والعام على الخاص، والضروري على الحاجي، والحاجي على التحسيني.

وما قصدتُ تأكيده هو أن السياسة الشرعية هي الآلية العملية لإعمال المصالح وتوظيفها في المجال التشريعي العام، وتتميَّز المصالح عن السياسة بوظيفتها المتعلِّقة باستنباط الحكم الشرعي والاستدلال عليه، والاحتجاج له، وهي بهذا أقربُ إلى النظر، بخلاف السياسة الأقرب إلى العمل في المجالات السابقة الذكر.

---

(١٣٢) المستصفى (٢/٣١٣)؛ وشفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي، مطبعة الإرشاد، بغداد، (بدون تاريخ)، ص١٨٨.

خلاصة:

لعلَّه اتضح مما سبق هذا الترابط من الوجهة الأصولية بين المصلحة، والمقاصد الشرعية التي تفرعت عنها، والسياسة الشرعية التي انفصلت عنها بعد نموِّها، كي تستقلَّ بعملها في المجال التشريعي العام. وإذ تقاربت المصالح والمقاصد في المنهج، باعتمادهما على تتبُّع النصوص واستقرائها للتعرف إلى مقصود الشارع في تحديد ما ألغاه الشارع وما اعتبره من المصالح، فإن السياسة الشرعية هي التي تأخذ المصالح المعتبرة إلى التطبيق في المجال العام لتدبير شؤون المجتمع الجنائية والمالية والإدارية والدستورية. ورغم كثرة الأبحاث والدراسات التي انعقدت في مجال السياسة الشرعية في السنوات الثلاث الأخيرة، فما تزال الحاجة ماسَّةً للنظر في هذا المجال؛ لتقوية سلطات الدولة وإقامة التوازن بينها، بما يحقِّق العدل والإنصاف.

المصدر الرابع: الاستحسان

(١) تقديم:

يتجمَّع غبار كثيف حول الاستحسان، سواء في تحديد تطوُّره أو في تصوُّره وتعريفه، أو في النظر إلى وظيفته التي يقوم بها، أو بما أثاره من خلافٍ في المذاهب الفقهية حول مشروعيته.

وتكتفي الدراسات الأصولية التقليدية وما يلتحق بها بإثبات تعريفاته البالغة الاتساع والحرية أو التي تسلب عنه هذه الحرية. وتتمثَّل هذه الحرية في تعريف ابن عربي له بأنه العملُ بالدليل الأقوى من غيره، على حين تتمثَّل محاولات التضييق في إلحاقه بالقياس الخفيِّ في مقابلة القياس المتبادر إلى الذهن، أو الجليِّ.

وقد تلقَّف بعض الدارسين المحدثين هذه الحرية التي انطوى عليها الاستحسان، وبنوا عليها التحاقه بمفهوم العدالة. ويجد هذا الالتحاق أقوى أُسسه في تأكيد القرآن على العدل وإلزامه به في الحكم بين الناس، وفي عمل قضاة القرنين الأول والثاني الذين لم يُتح لهم آنذاك سوى هذه المبادئ الكليَّة العامَّة المتعلِّقة بالعدل وتطبيقاته.

وترتقي هذه الكتابات بالاستحسان إلى التطابق مع الغريزة المركوزة في الإنسان والفقيه التي تفرح بالعدل وتشقى بالظلم. وتماثل هذه الغريزة ما سواها من الملكات والحواس الإنسانية، مثل حاسة الشم والذوق طبقًا أوضحه ابن تيمية مما أوردناه فيما سبق. والاستحسان عند هؤلاء هو الآلية الأصولية المعتمدة في الفترة الباكرة لإقامة العدل في القضاء والحكم بين الناس وفي استنباط الأحكام.

ولم يجد القضاة المسلمون في بدء عملهم سوى بوصلة العدالة التي حدَّدت اتجاهاتهم في الفصل في الخصومات، وخاصةً فيما بعد خروجهم من جزيرتهم ومواجهتهم مجتمعاتٍ أخرى بثقافاتٍ وخصوماتٍ جديدة. ووفَّرت لهم هذه القدرة الخارقة للعدالة سُبل نجاحهم في عملهم، حتى وفقوا في قرنٍ وبعض قرنٍ - مع الفقهاء فيما بعد - إلى إقامة أعدل نظام قانونيٍّ على وجه الأرض حتى مشارف العصر الحديث، بشهادة مستشرق مثل شاخت.

لقد حرَّرت العدالة النظام القانوني الإسلامي من الشكليَّة، وأتاحت له التعبير عن مقاصده الجوهرية في إحقاق الحقِّ وإقامة العدل والقسط، وإنصاف المظلوم من الظالم، وهو المقصد الذي عبَّر عنه القرآن الكريم بأوضح بيان وأبلغه في مواطن عديدة، من بينها الآية (١٣٥) من سورة النساء. وأنتج هذا المقصد العامُّ عددًا من الآليات الأصولية المؤثرة، تأتي المصلحة التي طوَّرها الشافعية والحنابلة على رأسها.

لقد كان الاستحسان أقربَ إلى روح الحرية والتوسُّع في الاجتهاد المناسب لبناء النظام، على حين أتى قرار الشافعي في هدمه للإحساس باستغناء النظام عنه. غير أن تلاميذه لم يلبثوا أن ألبسوا العدالة ثوبَ المصلحة، سواء ضمن القياس في باب المناسب الملائم أو في العمل على استقلالها تمامًا، وإن تردَّدوا في ذلك أولًا باعتبارها من الأصول الموهومة في تعبير الغزالي، أو باعتبارها دليلًا مظنونًا فيما عنون به الآمدي لها على ما تقدَّم. وتطور الأمر بعد قليلٍ لتظفر باستقلالها، وإن صُنِّفت ضمن الأدلة المختلف فيها.

ويُعَدُّ الاستحسان عند محمد هاشم كمالي أقرب نظام إسلاميٍّ قانونيٍّ لمفهوم العدل والإنصاف في القانون الغربي (أي الإنجليزي)، فكلاهما يطرح نظرةً جامعةً أوسعَ للتشريع الذي ينبغي أن يخدم القيم المُثلى للعدل والعدالة.

وإذ تستند العدالة في التشريع الغربي إلى الإيمان بالحقوق الطبيعية، فإن الاستحسان يرجع إلى المبادئ المستوحاة من الشريعة الإسلامية التي قد لا تختلف كذلك مع هذه القيم. ويفرِّق كثيرون - من أمثال جورج مقدسي وبارت وسكاكت وشفيق شحاتة - بين الاستحسان والعدالة في القانون الإنجليزي على الرغم من أن غايتيهما لا تختلفان كثيرًا في توخي إقامة القسط والعدل ورفع

الظلم. وقد توضِّح هذه المقارنة ثراءَ هذا الأصل، وفائدته في تفجير الطاقات الكامنة في التشريع الإسلامي لتحقيق العدالة في الماضي والحاضر.

ويعكس الاستحسان - شأن سائر النُّظم القانونية الراقية - الرغبةَ في ضرورة التخفُّف أحيانًا من المعايير الثابتة المطردة (كالقياس والإجماع الأصوليين) لتحقيق العدالة الشاملة في الأوضاع العامَّة إذا رأت بالنظر لبعض الأوضاع الخاصَّة أن هذه المعايير العامَّة لا تتفق وميزان العدالة.

ولا تترك القوانين الراقية كذلك هذه الأوضاع الخاصَّة للملاحقة الجزئية التي تفسد العدالة، بل تعمد إلى وضع معايير كليَّة في نظرياتٍ ومفاهيمَ تنتظم هذه الأوضاع الاستثنائية، وتضبط التعامل معها. وهذا هو الاستحسان في حالة النظام القانوني الإسلامي؛ فهو عامٌّ بكونه نظريةً أو معيارًا، واستثنائيٌّ في الوقت نفسه يستمدُّ شرعيته هو الآخر من قلب النظام المشبع بالحيوية والمتطلِّع في نهاية الأمر إلى الانتصار لمقصد العدالة والإنصاف، لا لمجرَّد النصوص الجزئية التي ستفقد معناها إذا انخلعت عن هذا المقصد.

وهذا التناقض البادي بين المعيارية والاستثنائية تناقضٌ بالجزء لا بالكلِّ، لا يعطِّل عمل هذا الأصل في الأحوال التي تتطلبه للتعامل معها. وقد سبَّب هذا التعقيدَ في تركيب هذا الأصل على نحوٍ لا نظير له في غيره انصرافُ بعض الأئمَّة عنه؛ لخوفهم من مكونه الاستثنائي الذي يغري بالتلاعب بالقواعد القانونية المطردة، أو الأحكام الشرعية الثابتة، دون تفطُّن كامل أو شبه كامل إلى الجانب المعياري الذي يضبط العمل به.

توضيح ذلك بالنظر إلى النظام القانوني الإنجليزي؛ إذ إن هذا النظام أخذ في تطبيق الأعراف الأنجلوسكسونية عن طريق المحاكم العرفيَّة حتى مشارف العصر الحديث، إلى أن بدا جنوح هذه الأعراف إلى الجمود وقصورها عن تحقيق العدالة، فاضطر هذا النظام إلى ابتداع نظام استثنائيٍّ يرتكز على الالتزام بمبادئ العدالة والإنصاف والضمير السليم التي كانت تطبقها محاكمُ أخرى، هي محاكم الملك. وصدر في نهاية المطاف قانون التقاضي عام (١٨٧٣-١٨٧٥م) ليضبط العلاقة بين النظامين العرفي العام والآخر الخاص القائم على العدالة. وهو ما تكرَّر مع النظام القانوني الإسلامي في شبه القارة الهندية في

القرن التاسع عشر عندما وكِل تطبيق النظام القانوني الإسلامي إلى القضاة الإنجليز؛ إذ اعتبروا الأحكام الشرعية المدوَّنة في «**الهداية**» و«**الفتاوى الهندية**» بمثابة القانون العرفي الذي يمكن إدراج التعديلات عليه طبقًا لما يمليه مبدأ العدالة(١٣٣).

والثابت أن إدخال هذا النظام الاستثنائي في البداية هو الذي حرَّر النظام القانوني الإنجليزي العرفي من تيبُّسِهِ وجموده وانحصاره في قواعد عرفيَّة متخلِّفة، على حين يمكن القول بالمقابل إن تغييب الاستحسان الذي تشكَّلت معياريته المرنة على نحوٍ يسمح له بتخطي القواعد العامَّة إذا لم تحقِّق العدالة قد أفقد النظام القانوني الإسلامي كثيرًا من قدراته على مواجهة الظروف المتنوِّعة، وملاحقة العدالة بعينٍ لا ترى غيرها، ولا تحفل إلا بها. ولهذا يتعيَّن ردُّ الاعتبار لهذا الأصل في ظروف السعي لاستعادة الهوية التشريعية والقانونية.

(٢) المفهوم العامُّ للاستحسان:

يمكن القول بأن دائرة عمل الاستحسان أشملُ من بقية الأدلَّة الفرعية كلها في تحقيق التوافق بين النصِّ وروح التشريع عندما ينشأ في بعض الأحوال الخاصَّة أيُّ تعارض بينهما. وتتمثَّل روح التشريع فيما تؤكِّده النصوص من قيمٍ عامَّة، كالعدالة والإحسان ورفع الحرج والمصلحة. ومقصود الاستحسان عند السرخسي هو تحرِّي التيسير في الأحكام الشرعية، وتخفيف المشقَّة عن الناس.

ويكفي للاستدلال على ارتباط الاستحسان بتحقيق العدالة أن مجالات الأدلَّة الشرعية الأخرى ووظائفها كالنصوص والإجماع والقياس محدَّدة تحديدًا موازيًا لمقصد تحقيق العدالة وتجنُّب الظلم الواجب بالنصِّ، فناسبه تطوير آلية تخصُّ هذا المقصد ولا تبتعد عنه، وهو الاستحسان.

ويلزم القول من البداية بأن تعريفات الاستحسان المستخلصة من الكتب الأصولية المعهودة لا تتسم بأيِّ قدر من الوضوح. ويرجع ذلك بالدرجة الأولى

---

(١٣٣) كولسون، في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة: محمد سراج، طبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص٢٢١ (ص١٦٦ من الأصل الإنجليزي).

إلى الاستغراق في الجدل حول مشروعيته، والرغبة في صدِّ الهجوم البالغ العنف ضده بمثل هذه اللغة التي تنعته بالتلذُّذ والتشهِّي والقول بالهوى. ويلزم لاستخلاص خصائص الاستحسان وضبط معناه الذي يدلُّ عليه النظر في الأمور التالية:

أ - اعتمد الخلفاء والقضاة على الاستحسان في الاصطلاح التالي للحكم في مئات القضايا التي أرست المبادئ الأساسية للهيكل العام للنظام القانوني الإسلامي. ولم يعن هؤلاء أنفسهم بإيراد أيِّ تعريف له. ولا تشير التعبيرات المنسوبة إلى أبي حنيفة - من مثل أستحسن - إلَّا إلى مجهوده في الموازنة بين الأدلَّة والأحكام لاختيار الأقرب منها إلى العدل. ويشي ذلك بشيء من الحرية المستندة إلى خبرة فقهية عميقة في تقدير المبادئ الشرعية والمآلات، واختيار أقربها إلى تحقيق العدل.

ب - لم يعمد الشافعي إلى تعريف الاستحسان استغناءً بالأُسس التي أقام عليها نظريته الأصولية بوضوح. وتتمثَّل هذه الأُسس أولًا في إحاطة نصوص كتاب الله بكل ما ينزل بأيٍّ مسلم. ويقترب بذلك من الظاهرية من حيث التوسُّع في إعمال النصوص وتفسيرها، لكنه يفترق عنهم في قبوله مدَّ عمل النصوص عن طريق القياس. ولا تتسع مثل هذه النظرية المصمتة للاستحسان؛ ولذا اكتفى برفضه بلغةٍ غير معهودة منه في حدَّتها، حتى إن مَنِ استحسن عنده فقد شرع.

ج - يقترب الاستحسان في الفقه من التسليم بالسلطة التقديرية للقاضي في عمله لإحقاق الحقِّ وإقامة العدل، سواء في تفسير النصوص التشريعية أو وزن الأدلَّة، وتقدير قيمتها، واختيار ما يستند إليه منها، أو فهم الوقائع في مرحلة التحقيق لاختيار المبادئ التي تحكمها. ويشبه موقف الشافعي في إنكاره الاستحسان من ينكرون هذه السلطة التقديرية مثل اللورد كامدن (Lord Camaden) المحامي والقاضي والناشط السياسي الإنجليزي (ت: ١٧٩٤م) لدوافع قد تتمثَّل في رغبته في إعلاء حريات المجتمع وتقييد سلطات الدولة، ولهذا يجب التفتيش في دوافع الشافعي في إنكار الاستحسان.

د - جاء ردُّ فعل الأحناف والمالكية بعد هذا الهجوم الشرس دقيقًا في

مجالين: أولهما سَوق الأدلَّة لإثبات مشروعيته، والآخر تعريفه بما يدفع عنه تهمة عدم الانضباط أو القول بالهوى والتلذُّذ والتشهِّي. وتدور معظم هذه التعريفات حول حقِّ المستحسِن في الترجيح والاختيار؛ إذ يرجع الترجيح إلى الموازنة بين المبادئ والقواعد والأدلَّة والاحتمالات والمآلات المختلفة لاختيار أولاها وأحسنها في العمل، سواء جاء هذا الاختيار على سبيل الاستثناء والترخُّص بما يوافق التيسير ورفع الحرج والعدل، أو لتحقيق مصلحةٍ أَوْلَى في الاعتبار، أو للأخذ بقاعدةٍ شرعية يترجَّح اعتبارها على غيرها.

ويفتقر الاستحسان بهذا إلى خبرةٍ كبيرةٍ بالأدلَّة والظروف والمصالح، وقدرة على الموازنة بينها، وملكة فقهية لتسديد الاختيار. ولذا فإن العمل به أدقُّ من العمل بالقياس الذي لا يتطلَّب العمل به سوى البحث لفرعٍ غير منصوصٍ على حكمه عن أصلٍ منصوصٍ عليه. ولهذا فالأرجح أن يُظهر القياس في العمل قبل الاستحسان الذي يفتقر إلى خبرة كبيرة في الترجيح والاختيار.

ويمكن أن نلحظ هذين المعنيين اللذين يدور الاستحسان حولهما في كثيرٍ من تعريفاته: إذ يعرِّفه الجرجاني بأنه: «ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس»[(١٣٤)]. ويعرِّفه ابن قدامة بأنه: «أن تترك حكمًا إلى حكمٍ هو أَوْلَى منه»[(١٣٥)]. ويعرِّفه ابن عربي بأنه: «ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص». ويعرِّفه النسفي الحنفي بأنه «اسمٌ لدليلٍ يعارض القياس الجليَّ» أو الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إنعام النظر فيه. ويعرِّفه الشاطبي بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كليٍّ. ويعرِّفه القرافي بأنه عبارة عن: «العدول في بعض الأحوال عن قياسٍ يتضمَّن غلوًا في الحكم ومبالغةً فيه». وفي شرح البزدوي أن الاستحسان: «هو أن يعدِلَ الإنسانُ عن أن يحكم في المسألة بمثلِ ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجهٍ أقوى يقتضي العُدُولَ عن الأول، ويلزم عليه أن يكون العدولُ عن العموم إلى التخصيص وعن المنسوخ إلى الناسخ

---

(١٣٤) التعريفات للجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م)، ص١٣.

(١٣٥) روضة الناظر وجنة المناظر (١/ ٤٧٣).

استحسانًا»[١٣٦]. وعند الطوفي وغيره أنه: «دليلٌ ينقدح في نَفْسِ المجتهد، لا يقدر على التعبير عنه»[١٣٧].

ويوضِّح عبد الوهاب خلاف ذلك بقوله: «إذا عرضت واقعة يقتضي عموم النصِّ حكمًا فيها، أو يقتضي تطبيق الحكم الكليِّ حكمًا فيها، وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفًا وملابساتٍ خاصَّة تجعل تطبيقَ النصِّ العام، أو الحكم الكليِّ عليها، أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة، أو يؤدي إلى مفسدة، فعدل فيها عن هذا الحكمِ إلى حكمٍ آخر اقتضاه تخصيصها من العام، أو استثناؤها من الكليِّ، أو اقتضاه قياس خفيٌّ غير متبادر، فهذا العدول هو الاستحسان»، وهو من طرق الاجتهاد برأيه؛ «لأن المجتهد يقدِّر الظروف الخاصَّة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه، ويرجح دليلًا على دليلٍ باجتهاده برأيه»[١٣٨].

ومقتضى ذلك أن المجتهد حينما ينظر في المسألة المطروحة، ويجد تنازع الأدلَّة والأصول المتعلِّقة بها، فليس أمامه إلا أن يتخيَّر من بينها ليستحسن إلحاقها بأصلٍ دون غيره، بناءً على ما ينكشف له من تحقُّق العدالة ومراعاة مقاصد الشارع، ومآلات الحكم الذي يختاره.

ولعلنا نستطيع أن نؤكِّد ذلك بالحكم الذي قضى به القاضي المصري عام (١٢٧٥هـ/ ١٨٥٨م) في القضية التي رفعتها الحرمة نفيسة أُمُّ عليٍّ الدلَّالة ضد الحكمدار العام للسودان تطالبه بمبلغ (١٣٤٩) قرشًا ثمن أشياء مشتراة منها أوضحتها بشكواها. وقد بيَّنت في عرضها أنها عند مطالبتها بحقِّها «صار ضربها وطردها، وحيث هذا لا ترتضيه العدالة، ومن المقتضى إعطاء كل ذي حقٍّ حقَّه لزم إعطاؤها حقَّها؛ حيث كل ذي حقٍّ أولى بحقِّه»[١٣٩]. ولا يظهر في الاستحسان هنا عنصرًا الترجيح والاختيار بين الأدلَّة، وإن ظهرًا في تصديق

---

(١٣٦) شرح كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٣/٤).

(١٣٧) شرح الروضة (٣/١٩١).

(١٣٨) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص٧٠.

(١٣٩) دار الوثائق القومية: سجلات ديوان الداخلية، السجل رقم (٠٠١٧٣-٢٠٠١) بعنوان جزء أول سجل قيد صادر الدواوين بقلم عرضحالات الداخلية توني (١٢٧٥هـ)، ص٤٢، وثيقة رقم (٣٥٥) مؤرخة في (١٣) جمادى الآخرة سنة (١٢٧٥هـ).

شكوى المدعية، بالنظر إلى سُمعة مكتب الحاكم العام في تصرفه مع من له مثل هذا الحق.

ويتضح الاستحسان الحنفي والمالكي بالنظر إلى بعض تطبيقاته الأخرى. ذلك أن المجتهد قد يعدل عن العمل بما يمليه القياس الذي يتوارد إلى الذهن ويأخذ بقياسٍ آخر أخفى في الذهن تحقيقًا لمصلحةٍ أَوْلَى في الاعتبار الشرعي.

توضيحه أنه إذا سُئل المجتهد عن حكم كشف العورة للتداوي، فإن الذي يرد إلى ذهنه أولًا هو تحريك ذلك للقاعدة العامَّة القاضية بوجوب ستر العورات. غير أن المجتهد إذا تأمَّل الأمر فسينكشف له أن الحكم بالتحريم يؤدي إلى مشقَّة بالغة في احتمال استمرار المعاناة من المرض والألم أو احتمال فَقْدِ الحياة نفسها، فيعدل بهذا عن العمل بالقاعدة العامَّة التي وردت للذهن أولَ الأمر، ويرجح العمل بالمصلحة الجزئية الخاصَّة، بناءً على ما يترجح له من أن تصرفات الشرع توجب التيسير على الناس، وتنشد حفظ الحياة، ولأن ستر العورة تكميليٌّ لمصلحة ضرورية، وحفظ الحياة من المصالح الضرورية، فيتقدَّم اعتبارها على اعتبار المصلحة التكميلية.

ومن أمثلة الاستحسان المشهورة عند الأحناف التي تُساق لمجرَّد توضيح معنى هذا الدليل حكمهم بجواز بيع السَّلم بمخالفة القاعدة العامَّة التي تمنع بيع الإنسان ما ليس موجودًا، والحكم بجواز الإجارة بمخالفة الأصل القاضي بمنع بيع المعدوم، وفي الإجارة بيع المنفعة، وهي معدومة؛ لأنها يتجدَّد حدوثها وتوجد لحظة بعد أخرى. وليس العمل بالاستحسان هنا إلا لتأييد النصوص التي أجازت كلًّا من السَّلم والإجارة. ومن ذلك أن الغرر في العقود ممنوعٌ ويبطلها، غير أن تطبيق هذا الأصل على وجهٍ آليٍّ وفي كل الأحوال يوجب مشقَّة كبيرة؛ لأن العقود والتعاملات في أكثر الأحوال لا تنفكُّ عن نوع غرر إذا كان يسيرًا لا يمكن التحرُّز عنه، أو كان مما يتسامح فيه الناس، ولا يؤدي إلى المنازعة. ولذا يحكم بجواز بيع المغيبات في الأرض كالفجل والجزر، كما يحكم بجواز بيع ما يخفى بعضه كالدور حيث لا يطلع على أساسها، كما يجوز الاتفاق مع الطبيب على إجراء جراحة بأُجرة معينة رغم احتمال اختلاف الجهد والعمل الذي يبذله باختلاف ظروف إجراء الجراحة نفسها.

ومن العمل بالاستحسان في القانون المصري الحكمُ بعدم تضمين الغاصب ذي الشبهة المنفعة التي استفادها مدَّة الغصب. من ذلك أن تنتقل إليه حيازةُ أرضٍ بميراثٍ أو بيعٍ ولا يعلم أنها كانت مغصوبةً، وأن انتقالها إليه انتقالٌ معيب، فلا يجب عليه عند المالكية سوى ردِّ العين، ولا يقضى عليه بالتعويض عن المنفعة التي استفادها قبل الرد؛ وذلك لأنه حائزٌ سليم النيَّة، ولو طبقنا عليه قاعدة إيجاب ضمان منفعة المغصوب المستفادة لأوقعناه في حرجٍ شديد؛ لأنه لم يستخدمه بنيَّة رد قيمة هذه المنفعة، فيعدل عن العمل بمقتضى القياس الذي يوجب تغريم الغاصب قيمة المنفعة المستفادة بخصوص هذه الحالة دفعًا للحرج والمشقَّة عن هذا الحائز الحسن النيَّة. وفي هذا المثال كان العدول عن مقتضى القاعدة الكليَّة في حالة مخصوصة تحريًا للعدالة التي لا تتحقَّق بالتطبيق الآلي للقواعد الكليَّة في مختلف الظروف والأحوال.

وهناك مثال طريف آخر يسوقه الفقهاء في توضيح ما يوجبه العدل بإتلاف صفة أو جزء من شيء مع بقاء عين هذا الشيء، كما لو هدم شرفة جاره أو غصب سيارة فأفسد لونها، حيث يوجب الفقهاء كقاعدة عامَّة ما يُسمَّى بأرش النقصان أو الفرق بين قيمة الشيء سليمًا وقيمته معيبًا، فلو كانت قيمة السيارة بلونها عند أخذها عشرين ألفًا، وأصبحت قيمتها بعد هذا التغيير ثمانية عشر ألفًا، فإن أرش النقصان ألفان يدفعهما المتسبِّب في إتلاف اللون.

غير أن تطبيق هذه القاعدة في الظروف كلِّها يؤدي إلى الخروج على العدالة، وهذا ما يوضِّحه بعض الفقهاء بذكر هذا المثال الطريف، وهو أن من أتلف ذيل بغلة القاضي، فإنه لا يطالب بأرش النقصان، مع أن هذا هو الواجب لو كانت هذه البغلة لفلاحٍ يركبها ويستخدمها في أعماله. والفرق أن القاضي لن يستطيع ركوب البغلة بعد تلف ذيلها، ولن يستطيع الانتفاع بها في أوجه الانتفاع المألوفة. ويُعَدُّ إتلاف الذيل في هذه الحالة الخاصَّة إتلافًا للعين كلِّها، فيجب عليه دفع قيمة البغلة وأخذها.

ومنه كذلك حكم الأحناف بأنه إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن قبل قبضِ المشتري السلعة، فإنهما يتحالفان ويبطل البيع، وذلك على سبيل

الاستحسان، ويقتضي القياس تكليف البائع بإثبات ما يدَّعيه من الزيادة في الثمن وإلا صدق المشتري مع مطالبته باليمين، طبقًا لقاعدة: البيِّنة على المدعي واليمين على مَنْ أنكر. غير أن تطبيق هذه القاعدة العامَّة قد لا يحقِّق العدالة بمثل ما يحقِّقه الاستحسان في هذا الظرف، فيحكم بالعدول عن مقتضى هذه القاعدة وإيجاب التراد بينهما، بحيث يردُّ البائع ما كان قد أخذه من الثمن ويبطل العقد بعد تحليفهما.

ومن أمثلة الاستحسان الحكمُ بجواز بيع الوفاء حين كثر الدَّين على أهل بخارى، وصورته أن مَن يحتاج مالًا يستطيع أن يبيع شيئًا له كمنزلٍ بثمنٍ يأخذه ويتصرف فيه لدفع حاجته، ويتفق مع المشتري على أن له أن يأخذ المنزل منه مرةً أخرى متى وفَّاه بثمنه. توضيح الاستحسان فيه أن القاعدة العامَّة تقضي بأن حكم البيع هو انتقال المبيع إلى ملكيَّة المشتري انتقالًا مطلقًا، ويؤدي هذا الشرط (ردُّ المبيع عند الوفاء بالثمن) إلى تقييد حقِّ المشتري في التصرف في المبيع، فكان القياس أن يبطل هذا العقد، غير أن بعض فقهاء الأحناف أجازوه على سبيل الاستحسان؛ لأنه يحقِّق مصلحةً اجتماعية، ولا يناقض ما توجبه العدالة التي تنبني عليها أحكام العقود في الفقه؛ إذ سيتمكَّن البائع المحتاج للمال من قضاء حاجته، كما سيستفيد المشتري بالمبيع قبل ردِّ ثمنه إليه.

ولعل هذه الأمثلة كلَّها أن توضِّح مفهوم الاستحسان وطبيعته التي تتضمَّن:

أ - وجود قاعدة عامَّة تتبادر إلى الذهن عند التفكير في الحكم الشرعي لمسألة من المسائل، وهذه القاعدة العامَّة هي ما يطلق عليها: الأصل، والقياس الجليّ، أي الواضح الظاهر.

ب - يستشعر الفقيه أن تطبيق هذه القاعدة العامَّة بخصوصِ مثالٍ بعينه أو جزئية من الجزئيات أمرٌ لا يحقِّق المصلحة المقصودة من هذه القاعدة، فيضطر إلى الخروج عليها على سبيل الاستثناء.

ج - يتضمَّن الاستحسان هذا العدول عن تطبيق القاعدة العامَّة إلى تطبيق معايير أخرى أكثر عمومًا وأبعد في الاستدعاء، وهي لهذا من باب القياس الخفيّ أو الأصل البعيد.

د - يهدف هذا العدول إلى تحقيق المصلحة أو العدالة في جزئية من الجزئيات، ويستعين الفقيه بخبرته في العلم بمقاصد الشريعة وقواعدها العامَّة لتطبيق ما يراه ملائمًا منها في الجزئية التي ينظرها.

ورغم أن الشافعي قد وجَّه ضربةً بالغةً للعمل بالاستحسان في المذهبين الفقهيين القائمين على عهده، وهما المذهبان الحنفي والمالكي، فقد تمكَّن هذان المذهبان من امتصاص الصدمة واستعادة توازنهما، وذلك عن طريق صياغة نظرية متكاملة تهدف بالقصدِ الأول إلى الدفاع عن الاستحسان، وتتضمَّن تعريفه وحجيته وأنواعه مع ذكر أمثلة توضِّحه، وتبيِّن انضباطه النظري، بما يردُّ هجوم الشافعي على هذا الدليل بأنه تلذُّذ وقولٌ بالهوى.

ومن الواضح أن التعريفات التي ساقها علماء المذهبين تتجه إلى الدفاع عن الحكم المعدول إليه في الاستحسان بكونه مستندًا إلى القرآن أو السُّنة أو القياس الخفيِّ الأقوى من المعدول عنه. وتنطلق تعريفات علماء هذين المذهبين من الرغبة في بيان قوة دليل الحكم المعدول إليه عند مقارنته بالحكم المعدول عنه، واستناد المعدول إليه على دليلٍ معتبر هو الآخر. ولذا لم تتجه هذه التعريفات إلى بيان طبيعة الاستحسان ذاته أو الوظيفة المنوطة به.

موقف الشافعي من الاستحسان:

من الواضح أن الشافعي قد رفض الاستحسان رفضًا قاطعًا لا مجال لحمله على محملٍ آخر، فقال بأن مَنِ استحسن فقد شرع، وبأن الاستحسان تلذُّذ وقولٌ بالتشهِّي.

وإذن، فإن الشافعي ينتمي إلى مدرسة تتقيَّد في التعامل مع النصوص بمعانيها الظاهرة، وتسعى إلى توسيع عمل القواعد المتضمنة في هذه النصوص، دون أن تحاول استبطان مقاصد النصِّ ومراميه وسير أبعاده المختلفة. وبهذا فلا مانع لديه من إعمال المصالح التي نصَّ الشارع على أعيانها أو أنواعها. أما التوغل في النصوص أكثر من ذلك لاكتشاف أجناس المصالح وإعمال هذه الأجناس دون إلحاقٍ للنظير بنظيره، فهذا هو الاجتهاد الذي لا تهدي إليه النصوص، واحتمال الخطأ فيه أكثر من احتمال الصواب؛

وهو لهذا يضبط الاجتهاد بالقياس ويعرِّفه به. إن الشافعي لا يريد أن يخاطر ويريد أن تحمله النصوص، وهو بهذا أقرب إلى مدرسة التفسير الظاهري.

إنه يعني ما يقوله حقًا، وأن مَنِ استحسن فقد شرع بابتعاده عن النصوص، وبتصرفه بهذه الحرية التي يمنحها المجتهد لنفسه في إلحاق الجزئية التي ينظرها بالأصول الشرعية المتعدِّدة وَفْقَ رأيه هو واستحسانه الخاص، ولن يستعصي على هذا المجتهد أن يجد قاعدةً من القواعد الشرعية التي يلحق بها ما يستحسنه. وهذا بالضبط ما يريد الشافعي أن يتجنَّبه، ويخالفه الآخرون في ذلك من الأحناف والمالكية، ولا يرون أن الاستحسان غير منضبطٍ على هذا النحو، وهذا هو الذي سعى المالكية والأحناف إلى البرهنة عليه بعد امتصاصهم صدمة هجوم الشافعي عليهم. ويتمثَّل هذا الضبط في تحديدهم أنواع الاستحسان وضبط هذه الأنواع.

(٣) أنواع الاستحسان:

تقدَّم أن الاستحسان خروجٌ على أصلٍ كليٍّ في جزئية لدليلٍ شرعيٍّ يراه المجتهد، ويمثِّل هذا الدليلِ الذي يستند إليه المجتهد في استحسانه الضابطَ الذي يُبعد عن التشهِّي والتلذُّذ والخروج على الأصل أو القياس الجليِّ، ويتنوَّع الاستحسان بتنوُّع الدليل الذي يقوم عليه وينضبط به إلى الأنواع التالية:

أ - الاستحسان بالنصِّ:

يعني الاستحسان بالنصِّ الخروجَ عن القاعدة العامَّة أو الأصل المنصوص عليه في جزئية معينة. من ذلك أن القاعدة العامَّة أنه لا يصحُّ بيع المعدوم، لكن يُستثنى من هذه القاعدة الحكم بجواز السَّلم؛ لأن الشرع أجازه، وذلك بقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فقد فسَّر البعض الدَّين هنا بالسَّلم، كما جاز السَّلم بقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ في كيلٍ معلومٍ أو وزنٍ معلومٍ إلى أَجَلٍ معلومٍ».

ب - الاستحسان بالإجماع:

وذلك كعقدِ الاستصناع الذي يُعَدُّ عقدًا على معدوم، غير أنه جاز لتعامل الناس به ولم ينكر عليهم أحدٌ من العلماء فكان إجماعًا، وبذلك فقد استُثني هذا العقد من القاعدة العامَّة، ومصدر هذا الاستثناء الإجماع.

ج - الاستحسان بالعُرف:

ومعناه أن يكون العدول عن الأصل العامِّ مبعثه العرف، وذلك كجواز وقف المنقول الذي تمنعه القواعد العامَّة الموجبة للتأبيد في الوقف، فيشترط أن يكون عقارًا لهذا، غير أن العرف جرى على وقف المنقول فيحكم بجوازه على سبيل الاستحسان تصحيحًا لتصرف الناس.

د - الاستحسان للضرورة:

وهو أن يكون العدول عن القاعدة العامَّة للضرورة، وقد مثَّلوا له بتصحيح بيع الوفاء الذي انتشر في بخارى لحاجة الناس العامَّة المنزَّلة منزلة الضرورة، ومنه البيوع الصحيحة والإجارات والمشاركات والإقرارات والتحكيم، وما إلى ذلك.

المصدر الخامس: العُرف

(١) تقديم:

كلما انتقلتُ إلى مناقشة مصدرٍ جديدٍ تأكَّدت لي دقَّة الصناعة الفنيَّة في صياغة العلاقة بين المصادر الفقهية، وثراء التفكير والجهد الفقهي الذي بذله الفقهاء المسلمون لضبط الأدلَّة المعتمدة والإحاطة بها. فقد استوجب إعمال المصدرين النصيَّيْن تطوير كلٍّ من القياس والمصلحة والاستحسان والعرف في مراحل التطوُّر المختلفة.

وينبغي الوعي بأهمية هذه المصادر غير النصيَّة لإعمال المصادر النصيَّة ذاتها في الواقع العملي، وأدائها لدورها المنوطِ بها في هذا الواقع، لتتكامل هذه الأدلَّة معًا، حتى يقوم كلٌّ منها بعمله في خدمة العدالة التي هي محور النظام القانوني بكامله، طبقًا لما تفيده النصوص من تكرار الأمر بها والنهي الغليظ عن الوقوع في أضدادها.

وبهذا فإن القياس مبنيٌّ على النصوص الجزئية، على حين يرجع إعمال المصالح إلى المبادئ والمقاصد التي راعتها النصوص دون معارضة لما يدركه العقل منها. أما الاستحسان فيعمل لضبط الاستدلالات العقلية وتفسير النصوص وَفْقَ موازين العدل.

وللعرف دوره كذلك في المصادقة على المصالح التي شكَّلتها القوى الاجتماعية المتصارعة إذا لم يتعارض مع الأُسس الشرعية الثابتة، في الوقت الذي يقوم فيه الإجماع بدور الحارس الحامي لثوابت النظام التشريعي بأَسْره. وللتشريع دوره الذي لا ينكره في النظر إلى تاريخ هذا النظام إلا مَنْ غفل عن معرفة وجود ضوء الشمس. ومع ذلك، يجب أن نلاحظ أن النشأة الأولى لنظام

المصادر الرباعي قد بدأت على يد الشافعي، ثم أضيفت إليها بعد ذلك وبتقدُّم الوقت هذه الأدلّضة الأخرى التي شكَّلت أركانًا أساسية من نظام المصادر والأدلَّة.

ولم يحظَ العرف بالاعتراف به بين الأدلَّة الأصولية إلا في العصر الحديث، على الرغم من التقدير البالغ لأهميته في التشريع والقضاء والفقه وقواعده، وهو ما يبدو على وجه الخصوص في عمل القضاة والفقهاء، وفي احتلاله مكانته بين القواعد الخمس الكبرى المتعلِّقة بعمل النيَّة، ودفع الضرر ورفع الحرج، واستصحاب اليقين وتحكيم العادة. ويلزم القول بأن التفكير الفقهي لم يتوقف عن العمل والاستدلال بالعرف منذ بداية التشريع، وفي كل عصوره.

ويشير محمَّد حميد الله إلى غموض تعبير الأصوليين عن العرف، ومع ذلك فقد حان الوقت لوضع الأمور في نصابها الصحيح، لمعرفة الدور الحقيقي الذي قام به العرف. وهناك ملاحظة أخيرة يجدر إثباتها هنا، وهي أن الترتيب الهرمي الشائع للأدلَّة ترتيبٌ يقيم الأولويات بين الأدلَّة، ولا يُعنى بالتكامل والتعاون بينها في التطبيق العملي. لقد ظلَّت المبادئ والتشريعات القرآنية هي المهيمنة، ولم تكن السُّنة إلا إعمالًا لهذه التشريعات، وظلَّت كذلك هي الحاكمة للعرف والتشريع، فقدَّمت لهما الحكمة اللازمة والعقلانية والانضباط، دون أن تغلفهما بالجمود، أو تمنعهما من ملاحقة المصالح المتطورة للمجتمع.

وتلزم الإشارة - على سبيل المقارنة - إلى أن العرف أقدمُ المصادر القانونية، وأبعدها أثرًا في تشكيل النُّظم القانونية المعاصرة، وما يزال له أثر كبير في هذه النُّظم بعد أن احتلَّ التشريع المكانة الأولى بظهور تشريعات نابليون في بداية القرن التاسع عشر، ووقوف الدولة بقوتها خلفه، حتى في النُّظم القانونية التي شُهرت على مرِّ التاريخ باستنادها إلى العرف مثل القانون الإنجليزي.

وما يزال للعرف مكانته في النُّظم القانونية العربية؛ إذ تنصُّ المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني المصري على أن الحكم بمقتضى العرف إذا لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ، بالنظر إلى أن الأعراف قد تشكَّلت على مرِّ العصور بتأثير

مبادئ الفقه الإسلامي وأحكامه. وقد جاء في الأعمال التحضيرية في التعليق على هذه المادة أن: «العرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالًا مباشرًا بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات... ولذلك ظلَّ هذا المصدر وسيظلُّ إلى جانب التشريع مصدرًا تكميليًّا خصبًا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء»[١٤٠].

ولم يشأ القانون المدني الأردني أن ينصَّ على العرف بين المصادر الاحتياطية، مستعيضًا عن ذلك بوجوب رجوع القاضي إذا لم يسعفه التشريع إلى مبادئ الفقه والشريعة؛ إذ تعترف قواعد الفقه وأحكام الشريعة بالعرف مرجعًا لبعض الأحكام، فتقرِّر أن العادة محكَّمة، وأن استعمال الناس حجَّةٌ يجب العمل بها، وأن الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً، وأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وأنه لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزمان؛ «فالإحالة إلى الأحكام الفقهية ومبادئ الشريعة الإسلامية تتضمَّن الإحالة إلى العرف».

ويحتلُّ العرف في القانون المدني الإماراتي المرتبة الثالثة بعد التشريع والشريعة الإسلامية، وهو الحال كذلك في القانون المدني الأردني والسوري والعراقي. وتجري المقارنة بين التشريع والعرف في السياقات الحديثة التي زاد فيها تشابك العلاقات الاجتماعية.

وتكْمُن مزية التشريع في سرعة استجابته للاحتياجات الاجتماعية المتزايدة، وضبطه بدقَّة صياغته من قِبل لجانٍ متخصِّصة، بما يضمن وضوحه وفاعليته، على حين ينشأ العرف تلقائيًّا وتدريجيًّا، وفي غير المصلحة أحيانًا. وهذا ما قد يقع فيه التشريع - كما نرى كثيرًا - إن افتقر إلى الخلق والحكمة والتأنِّي والمعرفة بالمصلحة وسلامة النيَّة، وتجنُّب الوقوع في فخاخ مراكز القوى.

---

(١٤٠) مجموعة الأعمال التحضيرية، وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، (بدون تاريخ نشر)، (١/١٨٨).

ويتألَّف العرف بوجه العموم من ركنين أساسيين: **أولهما** ماديٌّ يتمثَّل في ثبات العمل بالقاعدة العرفية وتكرُّره، **والآخر** معنويٌّ يتمثَّل في احترام القاعدة والإلزام بها وفرض الأجزية على مخالفتها. كما يشترط بالتأكيد ألَّا يخالف العرف القواعد التشريعية؛ ولذا يأتي في مرتبة تالية للتشريع.

ويلزم التفريق بين العادات والأعراف الملزمة قانونًا وهذه العادات الاجتماعية، كطرق الأكل والسلام وأزياء الملابس وغير ذلك مما تقابل مخالفته بالاستهجان وعدم القبول. أما العادات والأعراف التي تكتسب الإلزام باعتراف التشريع بها أو بفرض السلطات الاجتماعية لها، فهي التي تتخذ سمات القواعد القانونية.

وفضلًا عن ذلك، فإن الأعراف تختلط بالواقع وتتشكَّل معه على نحوٍ تلقائيٍّ تدريجيٍّ بفعل القوى الخفيَّة في المجتمع، وليست هناك سلطةٌ يمكنها أن تتدخَّل لنسخه بعرفٍ جديد؛ ولذا لا يمكن للعرف أن يقيم وحده نظامًا قانونيًّا راقيًا، وإنما يفتقر على مدار التاريخ القانوني إلى تدخل سلطة تشريعية تراجع العرف وتهذِّبه. وهو ما حدث في تاريخ التشريع الإسلامي الذي اصطدم قضاته وفقهاؤه بالأعراف السائدة في المجتمعات التي عملوا بها. وهو الحال كذلك في النظام القانوني الإنجليزي الذي طور قضاته في منتصف القرن التاسع عشر الأعرافَ السائدة عن طريق السوابق القضائية في محاكم العدالة أولَ الأمر، ثم بسط التشريع سلطانه بعد ذلك، ليكتمل تطوُّر القانون العرفي الإنجليزي، ويتسع للمفاهيم القانونية الراقية.

وتعمل هذه الأعراف الملزمة قانونًا - على سبيل المثال - في تحديد معيار الإهمال الموجب للتعويض عن الضرر في التعديات، وكذلك في تفسير عبارات المتعاقدين وتحديد التزاماتهم في مثل ما يتمُّ به القبض والتسليم والحيازة، وما قد يدخل في المبيع تبعًا من دون النصِّ عليه في العقد، وما لا يدخل. كما أنه يعمل أيضًا في مجال الأحوال الشخصية، سواء في تقدير النفقة الواجبة والمتعة، والمسكن اللائق لحال الزوجة، وما يختصُّ بأيٍّ من الزوجة والزوج من أموالٍ عند الخلاف، وما يُعَدُّ من سوء العشرة عند طلب التفريق.

ويدلُّ على أهمية العرف تأمُّل طبيعة القضاء العرفي الذي ينهي النزاعات

بقدر كبير من الفاعلية في البيئات البدوية البعيدة عن سيطرة القانون الرسمي. ويعمل تحكيم الأعراف المدنية أو التجارية في أحوالٍ كثيرة. ويعمل العرف أيضًا في مجال العلاقات الدولية؛ إذ لم تعد تبيح الأعراف الدولية العبودية والإبادة الجماعية على سبيل المثال. وتفترق المعاهدات عن العرف في حاجتها إلى اتفاق الأطراف الموقعة عليها.

وقد تتبع حميد الله[١٤١] مصدرية العرف في القانون الدولي الإسلامي بنوع استفاضة، وانتهى من ذلك إلى الأمور التالية:

أ - عدم وضوح لغة الكتَّاب المسلمين في تناول أهمية العرف ومكانته في النظر القانوني، حيث لم يدرجوه ضمن مصادر القانون الإسلامي بوجه العموم دون مبرِّر.

ب - العلاقة بين النظام القانوني الإسلامي والقانون الروماني، وأن الكثيرين من الكتَّاب الأوربيين المحدثين يبرهنون على تأثُّر النظام الإسلامي بنظيره الروماني على حين يرى أحدهم أن القانون اليهودي هو صاحب التأثير. وينبثق كلا الرأيين عند حميد الله من ضيق النظر، ولا تثبت الأدلَّة التي يستندان إليها أمام النقد والتمحيص[١٤٢].

ج - يحضُّ القرآن الكريم على اتباع المعروف وتجنُّب المنكر على نحوٍ يشمل العرف في الأقل؛ إذ إن المعروف هو الخير المعترف به من الجماعة.

د - تتضمَّن السُّنة التقريرية، وهي ما أقره الرسول في مشهدٍ من أصحابه، مشروعية كون العرف مصدرًا للقانون، سواء كان هذا العرف قديمًا أو حديثًا. ولا تترك قواعد مثل «الأصل في الأشياء الإباحة»[١٤٣] و«العادة محكَّمة» أيَّ

---

(١٤١) M. Hamidullah, The Muslim Conduct of State, 7th edition, Lahore, Pakistan, pp. 28 ff.

(١٤٢) انظر أيضًا: محاضرة للمؤلف في الثقافة الإسلامية، يناير سنة (١٩٩٣م)، ص١٢٥-١٢٦؛ وبحث للمؤلف في جدول المراجع في آخر الكتاب، وبحث للمؤلف في أثر القانون الروماني في القانون الإسلامي، الدراسات الأكاديمية بحيدر أباد رقم (٦/ ١٩٤٣).

(١٤٣) شرح السير الكبير للسرخسي، نشر الشركة الشرقية للإعلانات، (بدون تاريخ طبع)، (٤/١٦-٢٣-٢٥)، (٢/٢٩٦)، (١/ ١٩٨). (الثابت بالعرف كالثابت بالنصِّ، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، ويحمل الكلام على ما يدلُّ عليه العرف).

شكٍّ في أن العرف والعادة بالقيود المعهودة مصادر قانونية للأحكام المتعلِّقة بسير جماعة المؤمنين.

هـ - يميز حميد الله بين كلٍّ من قوانين المسلمين والقوانين الإسلامية؛ إذ ينصرف الأول إلى القوانين التي تحكم الجماعات الإسلامية الكبيرة، بما يشمل عاداتها وتقاليدها وأعرافها المتفاوتة بالنظر إلى المبادئ التي أرستها نصوص القرآن والسُّنة على نحوٍ واضح. أما القانون الإسلامي الحقيقي فقد بدأ في مكة، ثم انتقل إلى المدينة، وما جاورها، ليتفاعل بعد ذلك مع التقاليد القانونية للحضارتين الفارسية والرومانية اللتين حلَّت الحضارة الإسلامية محلَّهما في أقل من عقدين من الزمان. ويدلُّ على هذا التفاعلِ وأثره تبنِّي الخليفة الثاني لضرائب الأرض الزراعية التي كانت تفرضها الدولة الفارسية[١٤٤]. وقد انحدر أكثر الفقهاء المشهورين من أصولٍ وبيئاتٍ فارسية وتركية وأفريقية وهندية؛ فقد كان لأبي حنيفة نفسه - على سبيل المثال - أبٌ فارسيٌّ وأُمٌّ هندية.

و - تتضمَّن الأوامر القرآنية وجوب[١٤٥] اتباع شرائع موسى وعيسى وإبراهيم وغيرهم ممَّن أرسلهم الله، ولم يعادِ الرسول فضائل الجاهلية، فخيار الناس في الجاهلية خيارهم في الإسلام كذلك، واستفاد المسلمون كثيرًا من المرويات عن اليهود والنصارى أو الإسرائيليات[١٤٦].

ز - لم تدخل التقاليد القانونية للرومان أو غيرهم إلى النظام الإسلامي مصحوبةً بأية درجة من القدسيَّة، بل جرى إخضاعها لمبادئ القانون الإسلامي، واختبارها على ضوء هذه المبادئ لقبولها أو ردِّها[١٤٧]. وأدى ذلك إلى قبول الكثير منها في الفقه الإسلامي باعتبارها مصدرًا من مصادره[١٤٨].

---

(١٤٤) تاريخ الطبري (١/ ٩٦٢-٩٦٣) (الطبعة الأوروبية).

(١٤٥) القرآن الكريم: سورة الأنعام، الآيات من (٨٤-٩١)، وسورة آل عمران، آية: (٩٥).

(١٤٦) مسند أحمد بن حنبل (٣/ ٤٢٥).

(١٤٧) انظر: تجميع القانون الإسلامي لأبي حنيفة (المجلة الإسلامية ووكنج مجلد (٤٥/ ٤) أبريل سنة (١٩٥٧م).

(١٤٨) انظر مقالتي عن تأثير القانون الروماني في القانون الإسلامي في: حولية أكاديمية حيدر أباد، المجلد السادس.

والذي يودُّ هذا الأستاذ الجليل إثباته هو أن العرف أحدُ مصادر الفقه الإسلامي التي ضمنت له التفاعل مع الواقع. ويشبه ذلك بعض الشبه ما انتهى إليه عبد الوهاب خلاف في اعتباره العرف أحدَ مصادر النظام القانوني الإسلامي. وهو ما أودُّ التأكيد من جهتي على أهميته البالغة في تصوُّر طبيعة النظام القانوني الإسلامي وأسلوب عمله. وهو ما لا يختلف مع ما انتهت إليه المذاهب الفقهية جميعها؛ إذ الثابت أنه على الرغم من أنه لا مكان للعرف في نظرية الشافعي الأصولية، فقد آلَ الأمر إلى قبول هذا الدليل في المذاهب جميعها: فالعز بن عبد السلام الشافعي يقرِّر أن كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحَّ[١٤٩]. وعند القرافي أن ما في الشريعة مما يتبع العوائد يتغيَّر الحكم فيه عند تغيُّر العوائد[١٥٠]. وتدلُّ قاعدة «العادة محكَّمة» وما يتفرع عنها على هذا الذي قررناه.

(٢) التطوُّر التاريخي:

اكتسب العرف أهميةً عمليةً فائقةً في كلٍّ من الإفتاء والقضاء منذ البدايات الأولى لمسيرة التشريع الإسلامي وتكوينه حتى العصر الحديث. ويمكن التمييز في مراحل التطوُّر التي مرَّ بها بين أربع مراحل:

تتمثَّل **أولاها** في تعامل التشريعات القرآنية مع الأعراف السائدة، لتغيير المخالف منها لمبادئ العدالة التي أراد القرآن فرضها، على النحو الذي يتجلَّى في إقرار حقِّ الميراث (سورة النساء: ١١) والمِلك (سورة النساء: ٣٢) للمرأة، وتحريم الخمر والربا، وإيجاب إنظار المدين المعسر إلى حين ميسرة (سورة البقرة: ٢٨٠)، وتخفيف عدَّة المتوفَّى عنها زوجها من عامٍ إلى أربعة أشهر وعشرة أيام (سورة البقرة: ٢٣٤).

وقد أقرَّ القرآن الكريم في هذه المرحلة كثيرًا من هذه الأعراف السائدة، كالبيوع الصحيحة، والإجارة، والمشاركة، والمزارعة، والتحكيم، والمعاهدات

---

(١٤٩) قواعد الأحكام (٢/ ١٨٦).

(١٥٠) الإحكام في تمييز الفتوى من الأحكام للقرافي، ص٢١٨.

والأمان، وما إلى ذلك مما لا يلزم إحصاؤه. وهو ما يشير إليه الدهلوي بقوله: «وكانت لهم سُنن متأكدة يتلاومون على تركها، في مأكلهم ولباسهم وولائمهم وأعيادهم ودفن موتاهم ونكاحهم وطلاقهم وعدتهم وإحدادهم وبيوعهم ومعاملاتهم، وما زالوا يحرِّمون المحارم، كالبنات والأمهات والأخوات وغيرها. وكانت لهم مزاجرُ في مظالمهم، كالقصاص والديات والقسامة، وعقوبات على الزنا والسرقة... فبُعث النبي ﷺ فيهم وهذا حالهم، فنظر في جميع ما عند القوم، فما كان... من الارتفاقات الصحيحة سجَّل عليه وأمر به، وما كان من رسومهم الفاسدة منعهم عنه وقبض على أيديهم»[١٥١].

وقامت السُّنة التقريرية، ومعناها ما فعله الناس أمام النبيِّ دون اعتراضٍ منه، مما يفيد موافقته عليه. ومن هذه السُّنن التقريرية مشروعية السَّلم الذي كان يتعامل فيه أهل المدينة، فضبط هذا التعامل بوجوب أن يكون المسلَّم فيه وأجله معلومين. وأصله حديث ابن عباس قال: «قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: مَنْ أسلف في شيءٍ ففي كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ»[١٥٢]، وهذا المثال واضح للغاية في بيان الفرق بين العرف الذي كان عليه عمل الناس في المدينة والتشريع الوارد في الحديث، وأهمية التشريع في إحكام العمل بالعرف. وإنما استند إجماع المدينة فيما أخذ به مالكٌ إلى هذه السُّنة[١٥٣]. ولعل الإجماع السكوتي أن يستند إلى مثل هذه السُّنن، وهو أن يفتي بعض المجتهدين برأي، وينتشر، ولا يخالفهم غيرهم[١٥٤]. وفي صحيح البخاري باب بعنوان: «**من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن**».

ولهذا لم يتردَّد الفقهاء والقضاة والمفتون في إقرار الأعراف المقبولة في

---

(١٥١) حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (١/ ٢٢٢) وما بعدها.

(١٥٢) أخرجه البخاري في كتاب: السلم، باب: السلم في كيل معلوم (٢١٢٤)؛ ومسلم في كتاب: المساقاة، باب: السلم (١٦٠٤).

(١٥٣) عبد السلام علوش، تقريب المدارك بشرح رسالتي الليث بن سعد والإمام مالك، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر (١٩٩٥م).

(١٥٤) البحر المحيط (٦/ ٤٥٦).

مجتمعاتهم، وإن تخالفت فيما بينها أحيانًا، وهو ما يبدو في عمل شريح القاضي؛ ذلك أنه حينما اختصم إليه غزالون وقال بعضهم: إنه سنَّة بيننا، فقال: «بلى، سنتكم بينكم»[(١٥٥)]. كما يبدو كذلك في الخلاف بين الأحناف والمالكية - على سبيل المثال - في النظر إلى موضوع الكفاءة في الزواج التي اشترط الأحناف لتحقُّقها المساواة بين الزوجين في الأوضاع الاجتماعية والمادية، تأثرًا بما كان عليه الحال في الكوفة التي ورثت التصنيف الطبقي للمجتمع الفارسي، وهو ما برئ منه مجتمع المدينة العربي، مما أدى إلى تخفُّف المالكية من هذا النظر الطبقي في تحديد كفاءة الزوج[(١٥٦)].

وقد حفَّز اتفاق مدرستي المدينة والكوفة على إعمال أعرافهما المحليَّة الخاصَّة إلى الوعي في **المرحلة اللاحقة** بنوعٍ من التنظير الجزئي للعرف، على النحو الذي تمثَّل في كلٍّ من سنَّة أهل الكوفة وسنَّة أهل المدينة. وقد اختلط مفهوم هذه الأخيرة بالسُّنة التقريرية في سياق الخلاف بين مدرستي الكوفة والمدينة للانتصار لأعراف هذه المدرسة الأخيرة.

ويتبدَّى هذا التنظير الجزئي في هذه المرحلة كذلك في سياق التطوُّر الخاص بدليل الاستحسان الذي اعتبره الأحناف والمالكية سبيلًا أساسيًّا إلى تحقيق العدالة، حتى اعتبره مالكٌ تسعة أعشار العلم، والمقصود علم الفقه فيما قد لا يخفى.

وأشير هنا بصفةٍ خاصَّة إلى نوعٍ من الاستحسان يطلق عليه: «الاستحسان بالعرف»[(١٥٧)]، ومعناه أن يكون العدول عن الأصل العام مبعثه العرف، كما هو الحال في وقف المنقول والنقود إذا تعامل فيه الناس؛ إذ الأصل أن يكون الوقف مؤبَّدًا ومستمرًّا في الانتفاع به، وهو ما لا يتحقَّق في وقف المنقول

---

(١٥٥) سير أعلام النبلاء (٤/ ١٠٤).

(١٥٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ طبع)، (٢/ ٢٤٨)؛ وبدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)، ورد المحتار (٢/ ٣١٨)، والمغني (٦/ ٤٨٠) وما بعدها.

(١٥٧) فتح القدير لابن الهمام الحنفي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأولى (١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م)، (١/ ١٧٦)؛ والقواعد لابن رجب، القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة.

والنقود، غير أن الفقه قد أجازه لقبوله في العرف[١٥٨]، وللفقيه الحنفي أبي السعود العمادي رسالة بعنوان: «وقف النقود».

ويشير الشاطبي إلى أن الاستحسان من جنس ما هو مستحسن في عوائد الناس وأعرافهم[١٥٩]، وتميل إليه الطباع السليمة، فيجوز الحكم بمقتضاه إذا لم يوجد ما ينافيه في الشرع، وإنما ذلك بالنظر إلى اختصاصه بما يستحسنه عقل المجتهد.

وقد أجاز متأخِّرو المذهب الحنفي من الشروط المقترنة بعقد الزواج ما يرتضيه الطرفان إذا كان مقبولًا في العرف، كالاتفاق على تأجيل جزءٍ من الصداق إلى حين الطلاق أو الوفاة على سبيل الاستحسان، وقد ينتمي إلى مرحلة التنظير الجزئي كذلك في مجال تفسير الألفاظ ودلالات النصوص كلٌّ من مفهوم التخصيص بالعرف والحقيقة العرفية المقابلة للحقائق اللغوية والشرعية. ويمثِّل المالكية لتخصيص النصِّ العامِّ بالأمر بإرضاع الوالدات أولادهنَّ (سورة البقرة: **٢٣٣**)، حيث ينصرف هذا الأمر إلى طبقةٍ معيَّنة من النساء جرى العرف على قيامهنَّ بإرضاع أولادهنَّ، أما المرأة الرفيعة القدر اجتماعيًّا والتي يجري عرف أمثالها على عدم قيامهنَّ بذلك فلا تكلَّف به، ويلزم الزوج أن يوفِّر لولده بديلًا لإرضاعها.

وفيما بعد اختلف الأحناف والشافعية في تخصيص اللفظ العام بالعرف؛ فأجازه أبو حنيفة، ومنعه الشافعي[١٦٠]. ومع ذلك، فإن الجويني[١٦١] ينسب للشافعي تخصيص حديث عائشة الموجب بطلان نكاح المرأة نفسها دون إذنِ وليِّها بالعرف؛ إذ يذكر الشافعي أنه: «إنما تزوج المرأة نفسَها إذا كانت متبرجةً، كاشفةً جلباب الحياء عن وجهها، مؤثرةً لنفسها الخروجَ عن دأب الخَفِرات؛ فإذ ذاك تستبدُّ بنفسها».

---

(١٥٨) رد المحتار (٤/ ٣٦٤) وما بعدها.

(١٥٩) الاعتصام للشاطبي، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م)، (١/ ٣٩٠).

(١٦٠) البرهان للجويني (١/ ٢٩٧).

(١٦١) البرهان للجويني (١/ ٣١٥).

وقد اختار البخاري لأحد كتب صحيحه عنوانًا دالًّا على عموم الاعتراف بالعرف في هذه المرحلة الباكرة، وصيغته: «**من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن**»[١٦٢]. وقصده من هذه الترجمة عند كثيرين تأييد حجيَّة العرف. وينقل القرافي شيوع اعتبار العرف والعمل به في هذه المرحلة الباكرة[١٦٣]. ويبدو إعمال العرف كذلك في الإجراءات والإثبات فيما يبدو مما يذكره ابن جزي أنه لو تنازع اثنان في مِلك شيء، فيحكم لمن شهد العرف أنه له[١٦٤].

وكان من المنطقي أن يؤدي التنظير الجزئي للعرف في هذه المجالات المحدَّدة وغيرها إلى الانتقال **لمرحلة ثالثة** أخرى، تمثَّلت في صياغة القاعدة الكليَّة العامَّة القاضية بأن: «العادة محكَّمة»، كما تمثَّلت في القواعد الجزئية المتفرِّعة عنها، على ما سيأتي التعرض له.

ولا شكَّ في أهمية هذه القاعدة الفقهية في ضبط الفروع التي جدَّت، وفي استئناس المفتين والقضاة بها، وهو ما يبدو - على سبيل المثال - مما ذكره ابن نجيم فيما طرأ من الحاجة إلى استئجار حرَّاس يحرسون محالَّ أهل السوق برأي أغلبهم، حيث ذهب إلى وجوب الأجرة على الجميع، ولو لم يوافق بعض أصحاب هذه المحال على هذا الاستئجار، وكذا لو انعقد الاستئجار برأي رئيس السوق، وفي منافع القرية أيضًا[١٦٥].

وقد ظلَّ العرف في هذه المرحلة منحصرًا في ساحات الفروع الفقهية العملية، وفي إطار القواعد الفقهية، ولم يجر تداوله بين الأدلَّة الشرعية المعتبرة، وهو ما يعبِّر عنه ما أورده القرافي في «شرح تنقيح الفصول» في تحرير حجيَّة العرف، وأنها لا تعني: «كونه مصدرًا للتشريع كالكتاب والسُّنة،

---

(١٦٢) صحيح البخاري في كتاب: البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة.

(١٦٣) الفروق (١/٣٠٧) وما بعدها.

(١٦٤) تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزي، مطبوع مع الإشارة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠٣م)، ص١٤٨.

(١٦٥) غمز عيون البصائر (٢/١٥٨).

إنما المراد بحجيته أن نصوص الشارع وعبارات المتعاملين تُفسَّر وفقًا للعرف الجاري بينهم»[١٦٦].

ويلاحظ أن كتب الأصول قلَّ أن تبحث في العوائد باعتبارها دليلًا مستقلًا، ولكنها تبحثها في كونها من مخصصات العموم المنفصلة، لكن كتب القواعد الفقهية تبحثه تحت قاعدة «العادة محكَّمة» وما يتفرع عنها[١٦٧].

أما **المرحلة الرابعة** والأخيرة، فقد كان رائدها هو عبد الوهاب خلاف بالتأكيد لتوطينه العرف في أصول الفقه بنقله من علم القواعد الفقهية، وإدراجه إيَّاه ضمن الأدلَّة الشرعية. وإنما صدر كتاب خلاف عن أصول الفقه في سياق تشكيل اللجنة المسؤولة عن صياغة القانون المدني المصري (١٩٤٩م) برئاسة الفقيه الشهير عبد الرزاق السنهوري، والحوارات المنعقدة بشأن المصادر المعتمدة لهذا القانون، وانتهاء هذه اللجنة إلى احتلال العرف فيما يقضي به القاضي مكانًا تاليًا لنصِّ القانون قبل أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن الجدير بالذكر أن نقلة عبد الوهاب خلاف للعرف إلى أن يكون دليلًا شرعيًّا قد حظيت بالقبول - بوعيٍ أو بغير وعيٍ - في أكثر المؤلفات الأصولية التالية لكتابه «**أصول الفقه**».

ويتمثَّل تأثير صياغة عبد الوهاب خلاف للعرف على هذا النحو في كثرة المؤلفات المستقلة المتعلِّقة بموضوع العرف. ولا يعني هذا أن ما قدَّمه خلاف كان جديدًا من كل الوجوه؛ إذ سبقت بعض الإرهاصات المتمثِّلة في تساؤل ابن نجيم: «هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام، أو مطلق العرف ولو كان

---

(١٦٦) شرح تنقيح الفصول، ص٤٤٨.

(١٦٧) راجع أيضًا: المسودة، ص١٢٣؛ والموافقات (٢/ ٤٨٣)، والإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام للقرافي، ص٢١٨-٢٣٢؛ وغمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر للحموي (١/ ٢٩٥)، والمدخل العام، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م)، (٢/ ٢٨٣)؛ والعرف والعادة للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، (١٩٤٧م)، ص٧٣؛ وأثر العرف في التشريع الإسلامي لسيد صالح، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (بدون تاريخ)، ص١٨٩.

خاصًا؟ المذهب الأول: وهو أن الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص»[١٦٨].

وإذ تأثَّر خلاف في ترقيته العرف إلى أن يكون دليلًا مستقلًّا بالفكر القانوني السائد، فإن هذا يدلُّ على قدر كبير من المرونة في هيكل النظام القانوني الإسلامي، كما يدلُّ في الوقت نفسه على أن التجربة الإسلامية الأصولية والفقهية غنيَّةٌ بالاختيارات التي يمكن الترجيح بينها لاختيار ما يتلاءم منها مع السياقات التشريعية والاجتماعية المتباينة.

ويجب أن أقرِّر أن الأستاذ الجليل عبد الوهاب خلاف لم يضطر إلى بذلِ جهدٍ كبير لترقية العرف بنقله من مجال القواعد الفقهية إلى الأصول، واعتباره أحد الأدلَّة المعتمدة. لقد كانت الثمرة ناضجةً فالتقطها، وأخذ ما وجده بكامله في علم القواعد، مما يتعلَّق بالتعريف والحجيَّة وشروط الإعمال والأقسام والأمثلة، دون أن يضيف جديدًا إلى كل ذلك.

وإذا كان السنهوري قد أخلص تمام الإخلاص للصنعة القانونية بتقديمه العرف على مبادئ الشريعة في إثباته مصادر القانون، فقد مكَّن هذا السياق عبد الوهاب خلاف من إعادة النظر إلى العرف الشرعي ليلحقه بحقٍّ بمصادر الشريعة.

(٣) التعريف:

العادة من المعاودة والتكرار والاستقرار التي تصبح للإنسان طبعًا ثانيًا، ويفيد العرف معنى التتابع والاستقرار والسكون والطمأنينة. ويعرِّفهما الجرجاني بقوله: «العرف ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول... والعادة هي ما استمرَّ عليه الناس على حكم العقول، وعادوا إليه مرةً بعد أخرى»[١٦٩]. ويعرِّف القرافي العادة بأنها: «غلبة معنى من المعاني على الناس»[١٧٠]. وعرَّفه ابن عابدين بأنه «عبارة عمَّا استقرَّ في النفوس من الأمور

---

(١٦٨) غمز عيون البصائر (٢/ ١٦٤).

(١٦٩) التعريفات للجرجاني، ص١٢٦.

(١٧٠) شرح تنقيح الفصول للقرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الفكر العربي، (١٩٧٣م)، ص٣٥٢-٤٤٨.

المتكرِّرة المعقولة عند الطباع السليمة»[١٧١]. وبهذا فإن العرف يُطلق على ما أَلِفَهُ الناس من أوجه الخير والمصالح، واعتادوه وساروا عليه في حياتهم من قولٍ أو فعلٍ. وتُطلق العادة والعرف بمعنى واحدٍ في الاصطلاح الفقهي. وإنما جُعل العرف أصلًا؛ لكثرة الرجوع إليه في مسائل الفقه. وترجع أهمية العرف إلى تعبيره عمَّا أَلِفَهُ الناس واعتادوا عليه ورأوا فيه صالحهم. ولا معنى لاجتماعهم عليه سوى إحساسهم بأنه يحقِّق لهم مصالحهم.

ومن الواضح أن العرف مصدر ثانويٌّ في الدلالة على الأحكام؛ لأنه لا يتقدَّم على النصوص، ولا عمل له إذا خالفها. ولهذا فهو ينقسم إلى نوعين: أولهما العرف الصحيح الذي لا يخالف أصلًا شرعيًّا، والثاني العرف الفاسد الذي يخالف أصلًا شرعيًّا. وإنما يُعْمَل الأول دون الثاني.

(٤) حجيَّة العرف:

العرف حجَّة مقبولة يُعتمد عليها في بناء الأحكام، وتستند هذه الحجيَّة إلى الأدلَّة الآتية:

أ - **الأدلة الموجبة للعمل بالمصالح.**

ب - **إجماع الصحابة على العمل به وإقرارهم أعراف البلاد المفتوحة ما دامت لا تعارض أصلًا شرعيًّا**، على النحو الذي سلكه عمر بن الخطاب في سنِّ نظام الخراج بما لا يبعد كثيرًا عمَّا كانت عليه نظم ضرائب الأرض في البلاد المفتوحة.

ج - **مسلك الشرع نفسه في إقرار كثيرٍ من الأعراف الصالحة**؛ كالمزارعة، والبيوع الصحيحة، والإجارات، والمشاركات، والإقرارات، والتحكيم في مجال المعاملات المدنية، وما إلى ذلك. أما في المجالات الجنائية، فقد استبقى الإسلام نظام القسامة والدية والسجن، والعقاب على الزنا والسرقة، كما أقرَّ في الزواج النوعَ الدائم، وأبطل المؤقَّت أو نكاح المتعة

---

(١٧١) مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٤).

والأخدان على النحو الذي ورد في حديث عائشة. وأبطل أيضًا نكاح المقت والرجوع في المهر على وليِّ الزوجة عند الطلاق.

ومن الواضح أن بعض الفقهاء قد تكلَّف الاستدلال على حجيَّة العرف بقوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وبالقول المنسوب للنبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن». وهو ما يمكن أن يكون له وَجْهٌ في الاستدلال لعمل العرف، غير أن ابن نجيم يذكر عن بعضهم أن هذا الحديث لا يوجد مرفوعًا في كتب الحديث ولا بسندٍ ضعيفٍ. ومثل هذا الاستدلال المتكلف لا دليل فيه، ولا يحتاج إليه العرف لإثبات حجيته.

وإنما تستفاد حجيَّة العرف على وجه اليقين من مسلكِ الشرع في إقرار ما لا يُحصى من الأعراف، وضبط بعضها بالتعديل أو بالتغيير. وبهذا فلا حاجة للاستناد إلى آحاد النصوص البعيدة عن محلِّ الاستدلال.

(٥) قواعد العمل بالعرف:

صاغ الفقهاء والأصوليون قواعدَ عديدةً لضبط العمل بالعرف، أسوق بعضًا منها فيما يلي:

أ - العادة محكَّمة:

ومعناه أن العرف معتبرٌ ويُرجع إليه في كثيرٍ من الأحكام، من ذلك أن الشرع يوجب الضمان بالتعدي أو بالإهمال، وليس في الشرع نصٌّ يحدِّد معنى الإهمال، فيرجع إلى العرف في تحديده؛ ولذا فإنه لو قاد سيارته فتناثرت الحجارة والرمال بسيرها على نحوٍ أضرَّ بأحد المارة ضمن الضرر إن اعتبر مجاوزًا السرعة المألوفة في هذا المكان، وكذا على المودَع أن يحفظ الوديعة طبقًا لما اعتاده الناس في حفظ أموالهم، فإن خالف كان متعديًا وضمن. وفي المعيار المعرب (٦/ ١٥) أن: «العادة متى شهدت بالتهمة في الإقرار تبطله، ومتى شهدت بارتفاعها اعتبر»؛ كالإقرار بالدَّين في مرض الموت، فإنه يأخذ حكم الوصية ويُخرج من الثلث.

وإنما تعمل العادة بالشروط السابقة، وهذا هو ما تشير إليه قاعدة «إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت». وفي معناها قاعدة «العبرة للغالب الشائع لا للنادر».

ب - المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا:

معنى هذه القاعدة أن العرف في العقود ينزل منزلة الشروط المتفق عليها بين العاقدين، فإذا اشترى شيئًا وجرت العادة بتغليف البائع للمبيع بأسلوبٍ معيَّن أو نقله أو ضمان مدَّة معيَّنة وجب ذلك حتى ولو لم يُنص عليه في التعاقد. يسوِّغ ذلك أن العرف ينظر إليه باعتباره مكمِّلًا للعقد وفي نيَّة المتعاقدين عند التعاقد ما لم يُتفق على خلافه.

وفي معنى هذه القاعدة أن: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنصِّ»، ومفاد هذه القاعدة كسابقتها أن تعيين الحقوق والواجبات في التعاقد مردُّه إلى نصِّ بنود العقد وشروطه، وإلى ما هو معروف بين الناس كذلك. ولا يفهم أحدٌ أن النصَّ الذي يتساوى به العرف هنا هو النصُّ الشرعيُّ، وإنما يتعلَّق ذلك بنصِّ العقد وبنوده المدوَّنة أو الملفوظة؛ ذلك أن الفقهاء لا يساوون بين العرف وبين النصِّ كما اتضح من اعتبارهم للعرف مصدرًا ثانويًا وتابعًا للنصوص الشرعية لا ندًّا لها ولا معارضًا.

ج - المعروف بين التجّار كالمشروط بينهم:

تفيد هذه القاعدة وجوب الرجوع إلى أعراف التجَّار في تفسير العقود والمعاملات التي تجرى بينهم، بحيث يصبح العرف جزءًا من الاتفاق ما لم يتفق أطراف العقد على خلافه؛ ولذا لو وكل أحدُ التجَّار آخرَ في بيع سلعته، وكان البيع بالنَّقْد أو بالنسيئة (الأَجَل) هو العادة، فباع الوكيل جاز له ذلك؛ لأنه بتوكيله وعدم نصِّه على شيءٍ مخالفٍ قد رضي بالتعامل وَفْقَ ما هو سائد من عرفٍ.

ويلاحَظ أن العرف يقوم في ذلك بدورٍ تفسيريٍّ لنيَّة طرفي التعاقد. ولو جرى العرف على أن ضمان العيب على الصانع، لا على التاجر الذي يبيع

السلعة، كما هو الحال في بيع الثلاجات الآن، فإن المشتري يكلَّف بالرجوع إلى الصانع لإصلاح العيوب المتفق على إصلاحها، وذلك ما لم يجر الاتفاق على خلافه، وبهذا يفيد العرف في تفسير نوايا أطراف التعاقد، والكشف عن نواياهم، حيث يفترض رضاهم بهذه الأعراف ولو لم يكونوا على علمٍ بها.

د - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان:

لا يخفى أن الأحكام التعبُّدية لا تتغيَّر بتغيُّر الزمان والمكان والظروف؛ لأن مبناها النصُّ، أما الأحكام المعلَّلة فترجع إلى معانٍ معقولةٍ ومصالحَ وعِلَلٍ، وهي مشروعة لتحقيق مصالح ومقاصد معينة؛ ولذا فإن الحكم يختلف بالنظر إلى المصلحة المقصودة.

يتضح ذلك بالنظر إلى أن الطلقات الثلاث بلفظٍ واحدٍ كانت تُعَدُّ طلقةً واحدةً على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر خلافة عمر، والمصلحة المقصودة هي إعطاء المطلِّق الخيار بين الإمساك بالمعروف بردِّ الزوجة في فترة العدَّة وبين التسريح بإحسانٍ وتركها حتى تنقضي العدَّة فتبين منه. غير أن الأزواج أكثروا في عهد عمر من التطليق الثلاث بلفظٍ واحدٍ، فرأى عمر إمضاء الثلاث ثلاثًا لعدم التزام الأزواج في طلاقهم بهذه المصلحة، وزجرًا لهم عن مخالفتها، ووافق سائر الصحابة ورؤساء المذاهب على هذا الرأي. غير أن احتساب الطلقات الثلاث ثلاثًا قد أدى فيما بعد إلى شيوع ظاهرة المحلل، وهي خطر اجتماعيٌّ فادح، فنظر ابن تيمية إلى اجتهاد عمر على أنه لا يحقِّق المصلحة المقصودة منه ويؤدي إلى مفسدة بالغة، فرجع إلى المناداة باحتساب الطلقات الثلاث بلفظٍ واحدٍ طلقةً واحدة، وهو ما أخذت به القوانين الحديثة المعمول بها في البلاد الإسلامية.

وكذا فإن الرسول ﷺ قد نهى عن تلقي الركبان، فإن التجَّار كانوا يبادرون إلى مقابلة صغار المنتجين للأصواف والتمور والحبوب والبقول ممَّن يعيشون في البادية، ويشترون منهم بضاعتهم قبل دخول السوق. ويرتبط فهمنا للنهي عن تلقي الركبان بتحديد المصلحة المقصودة من هذا النهي، فإننا إذا حملنا هذا النهي على أن المقصود منه هو حماية مصالح المنتجين الذين لا يعلمون شيئًا عن سعر السوق، ووجوب تمكينهم من بيع ما ينتجونه بسعر

عادل، فإن لنا أن نستنبط من ذلك إباحة تلقي الركبان خارج حدود السوق إذا علم هؤلاء الركبان سعر السوق. أما إذا حملنا هذا النهي على أن القصد منه هو حماية مصالح المستهلكين، بناءً على أن التجَّار بمقابلتهم للركبان خارج السوق سوف يتحكَّمون في السلع المعروضة، ويقلُّ العرض في مواجهة الطلب، فترتفع الأسعار، مما يؤدي إلى الإضرار بالمستهلكين. وطبقًا لذلك، فإنه يمكن أن نستنبط أنه إذا زاد العرض عن الطلب جاز تلقي الركبان. وهذا هو الذي استنبطه الإمام مالك في فتواه بجواز تلقي الركبان إذا كثرت السلع في الأسواق لانتفاء المفسدة التي قصد النصُّ إلى دفعها، ولا يوافقه على هذا الرأي أولئك الذين فهموا أن النصَّ يقصد إلى حماية مصلحة المنتجين في الحصول على سعر عادلٍ لسلعهم حتى يستمرَّ إنتاجهم.

(٦) مجال عمل العرف:

يعمل العرف في عددٍ من المجالات، من بينها:

أ - **الاستجابة للمصالح والاحتياجات المتطورة**: من ذلك تطوير التزاماتٍ معيَّنة في الزواج، كاشتراط الزوجة على زوجها في العقد ألَّا يتزوج عليها، وأن مَنْ يتزوج عليها تُطلَّق ومَنْ يتسرَّى بها تكون حرَّة. «ويلزمه ما التزم مهما فعل بغير رضاها»[١٧٢]. ومنه الالتزام بالإنفاق على أولاد الزوجة من زواجٍ سابق[١٧٣]. ولا تندر وقائع هروب الزوجات وتزوجهنَّ غير أزواجهنَّ في عصر الونشريسي، ويقضي القضاة في أكثر الأحوال بإعادة الهاربة إلى زوجها الأول[١٧٤]. ومنه قضاء القاضي التفريق على كثير الأيمان بالطلاق[١٧٥]، وإذا طلبت البنت الزواج وجب على الأب الاستجابة لطلبها وإلَّا زوجها القاضي[١٧٦].

---

(١٧٢) المعيار المعرب (٣/ ١٨).

(١٧٣) نفسه (٣/ ١٩-٢١).

(١٧٤) نفسه (٣/ ٤٤-٤٧).

(١٧٥) نفسه (٣/ ٥٧).

(١٧٦) نفسه (٣/ ٦٠).

ب - تفسير الشروط في العقود والاتفاقات: بحيث تُحمل الألفاظ المستخدمة في هذه العقود على معانيها العرفية، فلو حدّد الثمن بالجنيه انصرف إلى الجنيه المصري؛ لأنه هو الغالب في عرف الاستعمال، وكذا لو أوصى بإطعام الفقراء والمساكين انصرف تحديد كلامه إلى ما يفيده في العرف اللغوي العام.

ج - تحديد المقصود من التصرف وحمله على ما يُفهم منه في العرف: ولذا لو دفع شيئًا لأحدٍ يصلحه، وكان الإصلاح لمثل هذا الشيء حرفةً له، فإنه يأخذ أجره على الإصلاح. ولو دفع الأب لابنته شيئًا في جهازها كثلاجة أو أثاث، ثم طالب به بعد ذلك، وقال: إنما أعطيته لها على سبيل العارية، وليس هناك دليلٌ على هذا الادعاء، فإنه لا يُصدَّق فيما ادَّعاه ويُحمل تصرفه على التبرع إذا كان العرف أن الآباء يجهزون بناتهم بهذه الأشياء عند الانتقال لمنزل الزوجية، أما إذا لم تكن العادة الغالبة كذلك فإنه يصدق فيما ادعاه.

د - ضبط الواجبات والمعايير التي ترك الشارع ضبطها للعرف: من ذلك أن أخذ مال الغير من «الحرز» شرطٌ لوجوب العقوبة الحديَّة، غير أنه لا حدَّ في الشرع يضبط مفهوم الحرز، فيترك تقديره للعرف؛ ولذا فإن من يترك ساعته في مكانٍ لا تُترك فيه في العادة لا يكون واضعًا لها في حرزها، فلو سرقها أحدٌ لم تجب بذلك العقوبة الحديَّة، وإنما ستجب العقوبة التعزيزيَّة. ومن هذا القبيل أن القذف الموجب للعقوبة الحديَّة هو الاتهام الكاذب بالزنا بكل ما يدلُّ على هذا الاتهام في العرف، فإذا استخدم كلماتٍ معيَّنة تدلُّ عليه في بيئة معيَّنة كان قاذفًا، وأما إذا كانت هذه الكلمات التي استخدمها لا تدلُّ عليه في بيئة الاستخدام فلا يُعَدُّ مرتكبًا لهذه الجريمة. ومنه كذلك تفسير ضابط السببيَّة في تحديد المسؤولية عن الفعل، فلو ضربه ضربًا أفضى إلى الموت بما يؤدي إلى القتل في العادة، ويتصور الناس أن مثل هذا الضرب من شأنه أن يؤدي إلى القتل، كان مسؤولًا عن القتل، ويعاقب بالقصاص عند الشافعية والمالكية والحنابلة حتى وإن لم تكن الآلة المستخدمة في الضرب محددةً وتمزق الجسم. وكذلك فإن ضابط الإهمال الذي يفيد الضمان مرجعه إلى العرف، حسبما تقدَّم.

هـ - استظهار الحكم بإباحة التصرف المقبول في العرف ما لم يوجد ما

يغيِّره من النصوص الشرعية: فقد اعتمد الصحابة على مراجعتهم للأعراف التي وجدوها في مجتمعاتهم، ولم يرفضوا منها إلَّا ما خالف الأصول الشرعية الثابتة بنصٍّ أو إجماع. واستمرَّ الفقهاء على هذا المنهج في قبول الأعراف التي لا تخالف أصلًا شرعيًا؛ ولذا قبلوا «بيع الاستجرار» الذي يقوم على أخذ السلع التي يحتاجها المشتري من البائع، دون اتفاقٍ على ثمنٍ ولا تلفُّظٍ بصيغتي الإيجاب والقبول، مع دفع ثمن ما أخذه المشتري جملة واحدة في نهاية الأسبوع أو الشهر أو موسم الحصاد أو السنة، ومنه كذلك إجازتهم بيع التعاطي، وأخذ السلعة مع دفع الثمن، دون تلفُّظٍ بالإيجاب والقبول. ومنه كذلك إجازتهم العرف الخاص في القاهرة بجواز دفع الخلو في استئجار الحوانيت، بحيث «يصير الخلو في الحانوت حقًّا له، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره». وكان صاحب الدكان بقبوله أخذ الخلو قد باع حقَّه في إخراج المستأجر وأثبته له، فيملك المستأجر الاستمرار في الإجارة وشغل الدكان، كما يملك تأجير الدكان لغيره وبيع حقِّ الخُلُوِّ له.

ومن أهم تطبيقات ذلك أنه يمكن النظر إلى القوانين المطبَّقة في البلاد الإسلامية الآن والمأخوذة من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية بأنها تشكِّل أعرافًا يمكن مراجعتها لقبول ما يلائم الأصول الشرعية ورفض ما يعارضها لإحلال نصوصٍ أخرى موافقة لهذه الأصول محلها. وبهذا تعمل الأصول والمبادئ الشرعية إطارًا عامًّا يضبط التشريع والعرف والاجتهاد بكامله لإضفاء العقلانية والحكمة والعدالة على كل ذلك، وهذا هو الدور الذي قامت به التشريعات القرآنية عل مرِّ تاريخ التشريع الإسلامي.

(٧) شروط اعتبار العرف والعمل به:

يُشترط لإعمال العرف الشروط التالية:

أ - **ألَّا يكون مخالفًا للنصِّ**، ومن ذلك الاتفاق على تأجيل جزء من المهر إلى حين الوفاة أو الطلاق لتنتفع به الزوجة عند التفريق ولتستعين بهذا المؤخَّر في مواجهة أعباء حياتها الجديدة، فهذا لا يحلُّ حرامًا ولا يحرِّم حلالًا، فإذا اتفقا على شيء مؤجَّل من المهر انصرف التأجيل إلى حين الوفاة أو الطلاق.

ب - **أن تكون العادة مطردةً أو غالبةً**؛ ولذا فإنه إذا اشترى شيئًا بمائة انصرف ذلك إلى النقد الغالب في البلد، ولا يصحُّ للطرف الآخر المطالبة بأن تكون هذه المائة من عملةٍ أخرى غير العملة الرائجة في البلد الذي جرى فيه التعاقد، ما لم يتفق على عملةٍ أخرى.

ج - **ألَّا ينتقض العرف بما هو أقوى منه**؛ كالاتفاق على خلافه، فإن الاتفاق هو الذي يجب العمل به؛ ولذا فإنه لو تمَّ الاتفاق على تأجيل شيء من المهر إلى شهر أو سنة، لزم الوفاء به في المدَّة المحدودة، ولا يرجع إلى العرف في وجوبه بأدنى الأجلَيْن: الموت أو الطلاق.

المصدر السادس: العمل والسوابق القضائية

(١) تقديم:

تعني السوابق القضائية الأحكامَ الصادرة من المحاكم التي يغلب أن تتقيَّد بها المحاكم الأدنى في الدرجة عند نظرها قضايا مماثلة في المستقبل. وكذا فإن المحاكم العليا مقيَّدةٌ بالسوابق التي قضت بها من قبل. وقد ارتأى الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين تعريفها بأنها: «ما صدر من الأحكام القضائية في وقائع معينة، لم يسبق تقرير حكم كليٍّ لها».

ويعلي القانون العرفي الإنجليزي والأمريكي من شأن السابقة القضائية حتى أصبحت من أهم ما يتميَّز به. ذلك أن محكمة مجلس اللوردات ومحاكم الاستئناف يلزمها في القانون العرفي الإنجليزي اتباع أحكامها السابقة في القضايا المماثلة، كما أن أحكامها ملزمةٌ للمحاكم الأقل منها في الدرجة. ولأن القانون في الولايات المتحدة من صنع القضاة كذلك، فإن للسابقة صفة الإلزام بوجه العموم في القضايا المماثلة، ما لم ينسخها قانونٌ، أو حكمُ محكمة أعلى أو سابقة أحدث.

ويجب ألَّا يغيب عن البال أن السوابق في القانون العرفي تعمل في إطار نظامٍ هرميٍّ لترتيب المحاكم، بحيث تتمكَّن المحاكم العليا من صنع القانون وفرضِ ما تصدره من أحكامٍ على المحاكم الأدنى في الدرجة. ويستفيد نظام السوابق من شكل المحاكمة باعتمادها على تمثيل المحامين لأطراف النزاع في مواجهة القاضي، مما يساعد على استفراغ جهد القاضي والمحامين في الوصول إلى العدالة[١٧٧]، على حين يعمل القاضي في نظم التقاضي المعمول

---

(١٧٧) يفيد هذا النظام إنهاء النزاع في كثيرٍ من الأحوال بالصلح وتحقيق العدل مع =

بها عندنا وحده في مواجهة المتنازعين والمحامين الذين يبذلون قصارى جهدهم لإيهام القاضي بأن الحقَّ والعدل في صفهم، مما يضيع الكثير من الوقت والجهد.

أما العمل في المذهب المالكي فسلطته إقناعية، أو تفسيرية، ويستمدُّ سلطته في استمرار تطبيقه من استمرار تعبيره عن المصالح والأعراف التي أنتجته، أو استناده إلى تفسيراتٍ جديدة أكثر إحكامًا، مثل حكم ابن عرضون للمطلقة بحقِّ الكدِّ والسعاية، لمقاسمة مطلقها فيما زاد من ثروته في أثناء حياتهما الزوجية، استنادًا لقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ﴾ [النساء: ٣٢]، مما لا مجال لتفصيله هنا، وإن وجب القول بأن هذا الحكم قد أرسى سابقةً شكَّلت قوانينَ شرعيةً في المغرب وسنغافورة وماليزيا، وهو ما يقدِّم دليلًا على فائدة الأحكام القضائية. ويتفق العمل مع السابقة القضائية في اكتسابهما صفة الإلزام؛ إذ المقرَّر في الفقه المالكي المغربي أنه يجب على القاضي التقيُّد بالعمل، ولو خالف المشهور في المذهب[١٧٨].

ويفرِّق الأستاذ العسري في النصوص القانونية الخاصَّة بالمذهب المالكي بين النصوص الفقهية التعليمية مثل الحواشي والشروح وما يماثلها مما يتجه إلى الطلاب، وهذه النصوص الأخرى العملية المدوَّنة لأحكام القضاة والمفتين، مثل كتب العمل، وتبصرة الحكَّام وما إليها، مما شُهِرَ به المذهب المالكي.

ولا يرجع اهتمام المالكية بالعمل عمومًا والعمل القضائي بخاصة، واتجاههم للإفادة منه، إلى تفردهم بالوعي بضرورات الرجوع إليه، بقدر ما يرجع إلى إبراز الخصوصية المذهبية التي تميزهم عن غيرهم. وهذا هو السبب في كثرة المؤلفات التي تتناول النوازل والعمل في الشمال الأفريقي. وقد تأثَّر

= تقليل تكلفة التقاضي، مما يتفق مع مقاصد الشريعة وروحها. ويستوجب ذلك النظر في أساليب الإفادة من هذا النظام لحلٍّ بعض مشكلات التقاضي المؤلمة التي تعانيها المجتمعات العربية.

(١٧٨) عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، نشر وزارة الأوقاف المغربية، (١٤١٧هـ/١٩٦٦م)، ص١٤٣.

المالكية في اهتماماتهم هذه بإعلاء صاحب المذهب لعمل أهل المدينة على النحو الذي أبرزته رسالته إلى الليث بن سعد مما سبقت الإشارة إليه.

وتُطلق مصطلحات: «**وبه العمل**»، و«**هو المعمول به**»، و«**عليه العمل**» في الفقه المالكي على الأقوال الضعيفة أو المرجوحة التي تقتضيها الضرورة والمصلحة أو العرف، ورفعها لدرجة الراجح. ويطلق مصطلح «**العمليات**» على الكتب التي تجمع الأحكام التي يكثر العمل بها أمام المحاكم، مثل تبصرة ابن فرحون ولامية الزقاق[١٧٩].

ويلزم إدراك أن اختيار الحكم بالعمل ليس اتباعًا لهوى أو ميلًا لدافع ذاتيٍّ، وإنما مستنده المصلحة والعرف وروح الشريعة ومقاصدها[١٨٠]، أو ما يوجبه العدل أو أي دليل شرعيٍّ آخر طبقًا لما تقرَّر في شروط العمل الفاسي[١٨١]. وكان ولاة قرطبة إذا ولوا قاضيًا اشترطوا عليه في سجله ألَّا يخرج في حكمه عن مشهور المذهب وما عليه العمل في البلد[١٨٢].

وقد خالف قضاة الأندلس مذهبَ مالكٍ - على سبيل المثال - في جواز كراء الأرض بما يخرج منها، وفي اشتراط الكفاءة في النكاح في المال

---

(١٧٩) عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، ص١١٢.

(١٨٠) حاشية أبي الشتاء ابن الحسن الغازي الصنهاجي، على شرح التاودي للامية الزقاق، طبعة فاس، (١٣٤٩هـ)، (٢/٢٥٦).

(١٨١) انظر: كمال بلحركة، مصنفات المالكية فيما جرى به العمل، ورقة مقدمة إلى الندوة المنعقدة بجامعة القرويين عام (٢٠٠٦م/١٤٢٧هـ) تحت عنوان: «العمل السوسي تاريخه وقضاياه»، ومن أهم هذه المصنفات: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب لعبد السلام العسري، نشر وزارة الأوقاف بالمغرب، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، وكذا: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، طبعة وزارة الأوقاف المغربية (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، وأيضًا: ألواح جزولة والتشريع الإسلامي: دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، للأستاذ محمد العثماني، منشورات وزارة الأوقاف، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، والمنح السامية في النوازل الفقهية للمهدي الوزاني، نشر وزارة الأوقاف المغربية (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).

(١٨٢) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق، ص٢٩٣؛ والفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، (٢/٢١٢).

والحرفة. ويغلب في الذهن أن يشير عمل المدينة في قول مالك: «الأمر عندنا» إلى ما عليه العمل القضائي أحيانًا كثيرة، وخاصةً في تلك المسائل المتعلِّقة بالجنايات، لا تلك المتعلِّقة باختيارات الناس ومعاملاتهم، مثل ما رواه مالك عن ابن شهاب أن: «عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أُصيبت مستكرهة بصداقها على مَنْ فعل ذلك بها. قال يحيى: سمعت مالكًا يقول: الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرًا كانت أو ثيبًا أنها إن كانت حُرَّةً فعليه صداق مثلها، وإن كانت أَمَةً فعليه ما نقص من ثمنها، والعقوبة في ذلك على المغتصب، ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كلِّه. وإن كان المغتصب عبدًا فذلك على سيده إلا أن يشاء أن يسلم»(١٨٣). وقد استنتج العسري أن نظرية العمل قد تطورت واتسعت في المغرب العربي دون المشرق نتيجة الارتباط بالعمل القضائي(١٨٤).

وقد تطور «**عمل المدينة**» فيما بعد إلى عملِ أقاليمَ ومدنٍ مشهورة بعينها، وذلك مثل عمل الأندلس، وعمل قرطبة، وعمل فاس، وعمل سوس وغيرها، وأصبح هذا كلُّه محلًا للاهتمام والتسجيل في مؤلفاتٍ فقهية مستقلة، تتناول منهجية العمل المطلق والمقيَّد ببلدٍ معيَّن، وكذا الشروط التي ترجع إلى العالم الذي أجرى العمل، وإلى الدليل الشرعي الذي يستند إليه(١٨٥). ولا يصحُّ ادعاء عدم استناد العمل إلى دليلٍ شرعيٍّ للانتهاء إلى رفضه بالطريقة التي اتُّبعت في إبطال الاستحسان.

ويلزم الالتفات إلى اهتمام المذاهب الفقهية جميعها بالعمل القضائي. ودليل ذلك هذه الكتب المتعلِّقة بأحكام القضاة وأدبهم وأخبارهم، مما لا ينحصر في مذهبٍ واحد. وهناك كذلك هذا التأثير البارز الذي يبدو في إرساء أحكام القضاة لمبادئ فقهية وتشريعية شكَّلت أسسًا مهمَّة للتفكير الفقهي، مثل

---

(١٨٣) الاستذكار لابن عبد البر (١٤٦/٧)، والموطأ، كتاب الأقضية. وقد أوضح العسري في المرجع المشار إليه في الهامش التالي رجوع عمل أهل المدينة لما اعتمده القضاء والإفتاء، ص٩٦ وما بعدها.

(١٨٤) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب للعسري، ص١٧٤.

(١٨٥) نفسه، ص١٧٧ وما بعدها.

حكم عمر بن الخطاب بتشريك الإخوة للأُمِّ مع الأشقاء، وقتل الجماعة بالواحد، وتفسير الشكِّ لمصلحة المتهم في حكم علي بن أبي طالب بإطلاق سراح المتهمين بالقتل، بعد اعتراف كلٍّ منهما بأنه القاتل دون الآخر في قضية الجزار الذي ضُبط وبيده سكين تَشْخَبُ دمًا. وإنما اعترف بجريمة لم يرتكبها تحت وطأة الإحساس بأنه لا فائدة في الإنكار للظروف المحيطة بالقبض عليه. ولا تعمل السوابق القضائية دليلًا مستقلًّا عن مجمل الأدلَّة الأخرى، وإنما تعمل توفيرًا للوقت والجهد، واطمئنانًا لما استقرَّ عليه السابقون داخل النظام القانوني ذاته، استصحابًا لما بدا من صوابهم بعدم الاعتراض أو تحقيق المصلحة.

(٢) التعريف والحجيَّة:

اتضح أن السابقة القضائية هي حكم قضائيٌّ في قضية لم يفصل في مثلها من قبل، بحيث ترسي قاعدةً أو مبدأ، يكتسب الحجيَّة في القضايا المماثلة، على سبيل الاستصحاب للحكم المقضيِّ به.

ولا شكَّ في فائدة السوابق في تكوين التقاليد الخاصَّة بالنظام القانوني؛ ولذا كان الشعبي أحفظَ الناس لقضايا شريح، كما ظفر أدب القضاة وعملهم بالعناية المناسبة لأهمية أحكامهم، وذلك بتدوينها ودراستها وتعليمها. ويجب أن تكون دائمًا مصدر إلهام القضاة والفقهاء على السواء.

ولا خلاف على أهميتها العلمية والأدبية، وإنما الخلاف في الإلزام بها؛ إذ احتفظ فقه العمل المالكي ببعض الآراء التي توجب إلزام العمل بتكرُّره، على حين لا يرى جمهور الفقهاء الذين يؤيدون حرية الاجتهاد الإلزام بالسوابق القضائية والتقيُّد بها. ويفترض هؤلاء تميُّز القضاة في الاجتهاد، واختيارهم من أعيان الأئمَّة، وتوافر الوقت اللازم لإطالة النظر في كل القضايا المعروضة، والمشاورة فيها مع من يحسنون النظر.

أما هؤلاء الذين يدركون التاريخ ويعيشون الواقع، فلن يتردَّدوا في مدِّ يد العون إلى القضاة الذين يذبحون بغير سكينٍ، لقصور أدواتهم في الإلمام بوقائع

القضايا المعروضة، وتزاحمها، وتنوُّع المصادر التي يرجعون إليها لتحديد المبادئ التي يؤسِّسون حكمهم عليها. ويتمثَّل هذا العون منذ بداية تطوُّر الفكر القانوني الإسلامي والفقه العملي في إصدار التشريع وحجيَّة العمل بالسوابق القضائية. والثابت أن القضاة في العصر الأموي كانوا يستفيدون بالسوابق القضائية[١٨٦]، وأن الفقهاء كانوا على صلة وثيقة بالقضاة؛ فإبراهيم النخعي رئيس مدرسة الكوفة الفقهية كان جلوازًا أو معاونًا لشريح القاضي.

وقد اشترط بعض المالكية تكرار صدور الحكم ذاته في الوقائع المتماثلة، من مرتين إلى خمس مرات، للإلزام به[١٨٧]. وبهذا يُشترط في السابقة أن تكون حكمًا قضائيًّا، لم يسبق مثيله، لا في الفقه ولا في القضاء.

وإنما تُستفاد **حجيَّة السابقة القضائية** بالنظر إلى ما يلي:

١ - ما نُقل عن الفقهاء من حفظهم أحكام النابغين من قضاة عصرهم. فالشعبي كان حافظًا لقضايا عمر وعليٍّ وشريح، وكان ابن مسعود مؤسس مدرسة الكوفة الفقهية ينصح من يعرض له قضاء من تلاميذه - فيما يرويه عبد الرحمن بن يزيد - بأن يقضي «بما في كتاب الله؛ فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ما يقضي به، قضى بما في سُنَّة نبيِّه؛ فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيُّه، فليقضِ بما قضى به الصالحون؛ فإن جاء أمر ليس في كتاب الله، ولا قضى به نبيُّه، ولا قضى به الصالحون، فليجتهد رأيه». ويتقدَّم اتباع ما قضى به الصالحون - طبقًا لهذا الذي رُوِيَ عن ابن مسعود - على اجتهاد القاضي برأيه.

---

(١٨٦) علي محمد محمد الصلابي، الدولة الأموية: عوامل الازدهار والانهيار، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، (١/ ٢٨٦). لكن جاء في الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني (٥/ ٢٢٩٣) أن السوابق القضائية لا تقيد القاضي ولا تلزمه، وهو ما لا ينفي تأثيرها والإفادة منها.

(١٨٧) بحث بعنوان: «السوابق القضائية» ألقاه الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين في حلقة البحث التي عقدها مركز التميز البحثي في (٢٠/ ١١/ ١٤٣٤هـ) تحت عنوان: «السوابق القضائية والاعتماد عليها في القضاء»، وقد حضر هذه الحلقة عددٌ كبير من أعضاء هيئة التدريس بالجامعات السعودية والمحامين والباحثين، كما جاء في تقديم البحث. وانظر أيضًا: عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي، ص١٣٧.

٢ - يؤدي نظام السوابق القضائية إلى المساواة بين المتنازعين في القضايا المتماثلة، مما ييسِّر قبولهم لأحكام القضاة، كما يؤدي مع التشريع إلى توحيد النظام القانوني المعمول به، وإلى توفير الوقت والجهد في البحث عن العدالة، وخاصةً في الأحوال التي لا نصَّ فيها يلجأ إليه القاضي لتقرير الحكم.

٣ - يؤدي العمل بالسوابق إلى تعزيز الشعور بمعقولية النظام القانوني، وتوخيه العدالة والمصلحة، مما يساعد الناس على توقع الأحكام القضائية، وإدراك حقوقهم وواجباتهم، واتخاذ قراراتهم بشأن الدخول في النزاع القانوني أو عدم الدخول فيه.

ورغم أن التشريع يقوم بهذا الدور أيضًا، فإن السوابق نماذجُ حيَّة واضحة، يدركها الناس، ويعيشون أحداثها ونتائجها، ويتناقلونها فيما بينهم، ولا أظن أن نظامًا حيًّا مثل النظام القانوني الإسلامي يمكنه أن يغمض عينيه عن السوابق التي قرَّرها القضاة بعرقهم وسهرهم واجتهاداتهم التي ينبغي ألَّا تقلَّ في الأهمية عن اجتهادات أئمَّة الفقهاء.

ولا تفرغ النُّظم اللاتينية (فرنسا وبلجيكا وإيطاليا وغيرها) السوابق من أهميتها، ولا تعارض العمل بها، وإن نازعت في وجوب الالتزام بها، تذرعًا بمبدأ الفصل بين السلطات؛ لأن إكساب السوابق صفة الإلزام يعطي القاضي حقَّ التشريع. ولا وجه لهذا؛ لأن السابقة تلغى بالتشريع، ولا حقَّ لها في معارضته، ويبطل حكم القاضي في النظام الإسلامي بمناقضة النصِّ.

ويجب الالتفات إلى أن السابقة لا تعمل مطلقًا، وإنما يتقيَّد عملها بمراعاة ما توجبه النصوص والمصلحة. وقد أوضحت المادة الرابعة عشرة من نظام القضاء السعودي لعام (١٣٨٥هـ) أنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا في قضية تنظرها العدول عن حكم سبق أن أخذت به هي أو دائرة أخرى في أحكام سابقة، أحالت القضية إلى محكمة التمييز، وتصدر الهيئة العامَّة قرارها بأغلبية لا تقلُّ عن ثلثي أعضائها بالإذن بالعدول. فإذا لم تصدر القرار على الوجه المذكور، أحالت القضية إلى مجلس القضاء الأعلى ليصدر قراره في ذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٨)». ولا تختلف المادة الرابعة

عشرة في النظام القضائي السعودي الصادر عام (١٤٢٨هـ) عن ذلك إلَّا في تعديل بعض الإجراءات.

أما المنكرون لحجيَّة السوابق، فيتذرعون بمبدأ حرية الاجتهاد الثابت في النظام القانوني الإسلامي منذ بداياته الأولى، فيما يتضح من حديث معاذ: «أجتهد رأيي»، وكتاب عمر لأبي موسى الأشعري المتضمِّن قول الخليفة لقاضيه ألَّا يمنعه قضاءٌ قضى به من مراجعته إذا تبيَّن له الحقُّ في غيره؛ «لأن الحقَّ قديمٌ».

ولا ينفي ذلك حجيَّة الأحكام القضائية الاجتهادية المستندة إلى فهمٍ موضوعيٍّ للأدلَّة الشرعية، من حيث إن السوابق لم تكن قد اختُبرت في هذه الفترة الباكرة، كما أن النظرية الأصولية ذاتها لم تكن قد نشأت آنذاك، كما أن حديثي معاذ وأبي موسى يثبتان حرية اجتهاد القاضي. ويشترط المؤلفون في أدب القاضي - باختلاف مذاهبهم - فيمن يتولَّى القضاء أن يكون عارفًا بأحكام القضاة السابقين عليه، لا ليستفيد من مناهجهم والاقتراب من المصادر التي يعتمدون عليها فحسب؛ وإنما ليستفيد من أحكامهم في قراراته كذلك. ويدلُّ كتاب الكندي عن ولاة مصر وقضاتها على توارد الأحكام القضائية على مبادئ أسفر تراكمها عن ثراء التفكير الفقهي وتطوُّره.

المصدر السابع: التشريع

(١) تقديم:

يعتمد القانون لتنظيم العلاقات الإنسانية في المجتمع المنظَّم سياسيًّا على فرض المبادئ التي يقتنع بها، سواء رجعت هذه المبادئ إلى المعتقدات الدينية التي تحدِّد الخير والشر والعدل والظلم، أو الأعراف، أو التشريعات التي يلزم ألَّا تتصادم مع هذه المعتقدات وتفسيراتها المتنوِّعة، ومع المصالح الاجتماعية كذلك.

وقد صار الأمر إلى أن اكتسب التشريع المكانةَ الأولى بين مصادر القانون في النُّظم العالمية بعد صدور تشريعات نابليون (١٨٠٤م)، ووقوف الدولة الفرنسية الناهضة آنذاك خلفه. والوضع كذلك في الدول الإسلامية في العصر الحديث بعد تبنِّي أكثرها لقوانين غربية الأصل. ويفرض هذا الواقع تناولَ هذا المصدر من وجهة أصول الفقه الإسلامي لمعرفة ما له وما عليه من هذه الوجهة.

والتعريف الشائع للتشريع (Legislation) أنه: مجموعة الإجراءات التي تتخذها السلطة التشريعية لإصدار القانون الذي تُلزم الدولة باتباعه عن طريق مؤسساتها القضائية والتنفيذية. ويستند حقُّ الدولة في التشريع من وجهة الفقه الإسلامي إلى مبادئ السياسة الشرعية، وواجب أُولي الأمر في إقامة العدل، ورفع الظلم، وإلى أنه (أي التشريع) قد أصبح ضرورةً أو حاجةً عامَّة تنزل منزلتها في الأقل في سياق اتساع المجتمعات، وكثرة النزاعات، وتعقُّد الحياة.

ويستلزم التشريع سبقه بعملية التقنين (Codification)، وهو وضع قواعد معينة تنظم فرعًا من فروع القانون. وتفصيل هذا الإجمال أن التقنين عبارة عن:

«جمع القواعد الخاصَّة بفرعٍ من فروع القانون بعد ترتيبها، وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض، وفيها من غُموض»[188].

ويحقِّق التقنين في السياقات الحديثة مزايا عدَّة، من بينها:

أ - تيسير التعرف إلى الحكم القانوني، واستدعائه برقم مادته، دون حاجةٍ إلى نقل نصوصه.

ب - توحيد القوانين في البلد الواحد.

ج - تيسير المقارنة بالقوانين الأخرى، والتفاعل معها، والإفادة منها.

ومع ذلك، يتجه النقد إلى التشريع بالنظر إلى إمكان تأثُّر أعضاء لجان الصياغة بمصالح أصحاب النفوذ ورؤاهم السياسية والاجتماعية، فضلًا عن إيجازه الشديد، وغموضه أحيانًا، بالإضافة إلى النقص البادي في إغفال التعريفات، وسوق العمومات والمجملات دون تحديد، على النحو الذي يظهر في المجال الجنائي من جرائم لا يمكن قياسها، مثل: تكدير الأمن والسلم العام، وتهديد سلامة المجتمع، وإشاعة الفوضى، وخدش الحياء العام، والتآمر، وترويج الشائعات، والإضرار بالاقتصاد القومي، وما إلى ذلك، مما يحتمل تفسيرات عدَّة تفتح الباب للأهواء والإيقاع بالأبرياء.

ويحتاج التشريع من أجل هذا كلِّه إلى ضوابط تضبطه، وقيودٍ تقيِّده؛ ليقوم بدوره الواجب في خدمة العدالة. وهذا ما يمكن أن يقدِّمه النظر الفقهي.

وقد احتدم النقاش في العصر الحديث حول التشريع، فرأى البعض عيوبه التي تمثَّلت في كونه الأداةَ التي استخدمها المستعمرون في مشارق البلاد الإسلامية ومغاربها لفرض قوانين بلادهم، ولإقصاء التراث الفقهي والقانوني الإسلامي. وقد سعت البلاد الإسلامية إلى التخلُّص من الاستعمار، وقدَّمت لذلك تضحياتٍ جسيمة، لكنها لم تبذل أيَّ جهدٍ لنيلِ استقلالها التشريعي والقانوني الذي لا يقلُّ من حيث الأهمية عن الاستقلال السياسي.

---

(١٨٨) محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، طبع على نفقة دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، الطبعة الثانية (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م)، ص٢١.

وقد شُغلت الحكومات الوطنية التي جاءت بعد الاستعمار بتوطيد أركان نظمها، دون أن تلتفت إلى المآسي التشريعية والقانونية التي خلفها هؤلاء المستعمرون. ويكفي الالتفات إلى بؤس القوانين الجنائية السائدة في أرجاء العالم الإسلامي لمعرفة ما تسبِّبه من شقاء وتعاسة، بعد أن صارت أداةً طيِّعةً للقهر والكبتِ والإذلال منذ أن فرضها المستعمرون في بلادنا.

وقد تكفلت عيوب التقاضي والفساد بالقضاء على الرمق الأخير للعدالة. لذا وجبت مراجعة تاريخ التشريع وضوابطه التي يعمل بها من وجهة أصول الفقه الإسلامي. ولن يحقِّق التشريع دوره المأمول في خدمة العدالة إلا بإحلال نظمِ حكمٍ رشيدة، تقوم على المشاركة الشعبية وتداول الحكم وسيادة القانون، محلَ النُّظُم المستبدَّة المنتشرة في العالم الإسلامي.

(٢) تطوُّر التشريع في التاريخ الإسلامي:

لم يظفر التشريع في الفكر الفقهي الإسلامي بتحليلٍ شاملٍ، يحدِّد إجراءاته، وصور إعماله، وما حقَّقه من نجاحٍ أو فشلٍ في إدارة العدالة في المجتمعات الإسلامية. ومع ذلك، فقد حفظ لنا التاريخ العديد من نماذجه، مما قد يدلُّ على مناهجه وصوره التي بدأت منذ الفترة الأولى للنبوَّة.

وقد قدَّمت التشريعات القرآنية - على ما أسلفنا - الأساسَ لنهضةٍ تشريعيةٍ وطَّدت أركان الدولة الناشئة. وعلى سبيل المثال، فإن آية مصارف الزكاة قد نصَّت على حقِّ العاملين فيها، مما يشير إلى أن هؤلاء العاملين ودافعي الزكاة إليهم كانوا على علمٍ بأنواع الأموال التي تُجبى منها الزكاة، والنِّسب المحصَّلة، وأوقات تحصيلها، ونصاب المال المزكَّى، ومستحقيها الذين يأخذونها، مما لا سبيل إليه إلا عن طريق صدور تشريع عامٍّ يصدره النبيُّ ﷺ، ويعلنه إلى الملأ بالطرق التي يتحقَّق بها الإعلان.

ومن ذلك أيضًا دستور المدينة الشهير الذي حدَّد العلاقة بين طوائف المدينة في هذا الوضع الاستثنائي على أُسس المسؤولية الشخصية، وحكم القانون والمساواة بين الجميع والتعاون الكامل في السلم والحرب. ولم تكن

خطبة الوداع سوى إعلان تشريعيٍّ عامٍّ بالمبادئ التي ضمنها حديثه إلى البشر عمومًا.

وكان عمر الخليفة الثاني رجلَ دولة، يعرف دور التشريع ويمارسه في المجالات الحيوية التي لا يتماسك المجتمع من دونها. ولذا كان إصراره على قتل الجماعة بالواحد في قضية المرأة اليمنية، لحفظ الدماء. وكذلك كانت تشريعاته المالية الشاملة في موضوع الخراج، وفيما تضمنته العهدة العمرية من ضبطٍ للعلاقة مع أهل الذمَّة.

ومنها ما أصدره زياد بن أبيه والحجاج بن يوسف والأمويون بوجه العموم فيما يتعلَّق بمعاملة الفلاحين ومنع هجرتهم من الريف، وفرض العقوبات على المخالفة، وإسقاط الجزية، أو إعادة فرضها في حقِّ مَنْ أسلم.

ولم تفِ هذه التشريعات الجزئية بالتطلُّعات المشروعة لتوحيد القوانين المعمول بها أيام العباسيين. وهو ما تكشف عنه رسالة الصحابة التي وجهها عبد الله بن المقفع إلى أبي جعفر المنصور، وانتقد فيها اختلاف أحكام القضاة في محاكم المدينة الواحدة، سواء ما نشأ منه من تعارض الروايات أو الجري وراء الأقيسة، واقترح جمع الأحكام الملزمة للقضاة في كتابٍ موحَّد يرجعون إليه باختيار الأفضل الذي يحقِّق العدل[(189)]. واقتنع أبو جعفر بضرورة هذا المقترح، فطلب من الإمام مالك أن يؤلِّف كتابًا يتجنَّب فيه التفلُّت والشدائد والرخص، لكن الفقيه لم يَرَ في نفسه القدرة على تلبُّس دور المشرِّع، واعتذر على ما هو معروف بأدبٍ جمٍّ لا يفيد في سياق السعي إلى توحيد قوانين الدولة الإسلامية، مشيرًا في اعتذاره إلى المشكلة ذاتها، المتمثِّلة في اختلاف الآراء بين المدينة والعراق وتشبُّث كلٍّ من الفريقين برأيه. ولم يستجب مالك لطلب الخليفة، وإنما ألَّف موطأه لتسجيل آراء أهل المدينة المخالفة لآراء أهل العراق[(190)].

---

(189) محمد كرد علي، رسائل البلغاء، دار الكتب العربية الكبرى (مصطفى البابي الحلبي)، (1331هـ/ 1913م)، ص125-126.

(190) الإمامة والسياسة لابن قتيبة، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، (1418هـ/1997م)، (2/ 149). وكان أبو جعفر قد توجَّه إليه بقوله: «ضَعْ هذا العلم، =

وقد تمثَّل الحلُّ مع نموٍّ التبعية المذهبية في اختيار أحد المذهبين الكبيرين أولَ الأمر - الحنفي والمالكي - للتطبيق القضائي في هذا الإقليم أو ذاك، مع اختيار كتابٍ لاختبار المتقدِّمين لشغل منصب القاضي، كالجامع الكبير للشيباني، في المذهب الحنفي، ثم مختصر القدوري، وهداية المرغيناني بعدهما. ثم أضيف إلى هذين المذهبين غيرهما بعد ذلك، واحتلَّت كتبٌ بعينها أهميةً خاصَّة في العمل القضائي في كل مذهب[١٩١].

وصاحب ذلك استمرار العمل داخل المذاهب في اتجاهين متخالفين: **أولهما** تأكيد حرية الاجتهاد وقبول الآراء المتعدِّدة والاختلاف الفقهي، **والآخر** مراجعة هذه الآراء المتعدِّدة؛ لوزنها، وتصنيفها بحسب درجة تلقيها بالقبول أو النفور، ومدى استجابتها للمصالح الاجتماعية إلى: راجح، ومرجوح، أو شاذ.

وقد مال البعض إلى تغليب حرية الاجتهاد، فمنعوا تقييد القاضي المجتهد بغير رأيه واجتهاده؛ لأن الواجب عليه هو الحكم بغالب ظنِّه[١٩٢]. على حين مال آخرون إلى صحَّة تقييد القاضي بالراجح من مذهبٍ معيَّن؛ ففي «**رد المحتار**» أن القاضي: «لو قيَّده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيَّد بلا خلاف؛ لكونه معزولًا عنه، وإنه متى حكم بغير ما قُيد به، فحكمه عن الشرنبلالية غير صحيح»[١٩٣]. وفي المادة (١٨٠١) من مجلة الأحكام العدلية والتبصرة[١٩٤] ما يؤيد ذلك، مما اعتبره الماوردي «أنفى للتهمة، وأرضى للخصوم»[١٩٥].

= ودوِّنه، ودوِّن منه كتبًا، وتجنَّب شدائد عبد الله بن عمر، ورخص ابن عباس، وشواذ ابن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمَّة والصحابة، لنحمل الناس على علمك وكتبك ونبثها في الأمصار، ونعهد إليهم ألَّا يخالفوها، ولا يقضوا بسواها».

(١٩١) مثل: مختصر خليل في المذهب المالكي، ومنهاج النووي في المذهب الشافعي، وشرائع الإسلام للحلِّي في المذهب الإمامي. وقد سجَّلت كتب العمل والنوازل وأدب القاضي تجاربَ القضاة وسوابقهم على نحوٍ أضاف إلى جهود التوحيد القانوني والقضائي.

(١٩٢) فتح القدير (٥/ ٤٩٠-٤٩١).

(١٩٣) رد المحتار (٥/ ٤٨٠).

(١٩٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، لابن فرحون المالكي، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، بيروت، سنة (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م)، (١/ ٥٧).

(١٩٥) الأحكام السلطانية، ص٦٧ وما بعدها.

وتفيد هذه الأساليب ما يفيده التشريع في تحديد القواعد القانونية التي يلتزم بها القاضي، ويتوقعها الخصوم، ويضبط المجتمع سلوكه بالنظر إليها. وقد كانت مسؤولية قاضي القضاة في عهد الدولة لتعيين الرأي الذي يقضي به القضاة مما تضمَّنه المذهب الإسماعيلي.

ولم يمنع هذا من استمرار صدور التشريعات في المجالات الضرورية للدولة، مما يتعلَّق بالمكوس والضرائب، أيام العباسيين والمماليك والسلاجقة، وغيرهم. ومن بين ما صدر من تشريعاتٍ تجربة السلطان أشرف قايتباي، والسلطان غازان محمود خان (ت: ٧٠٣هـ/ ١٣٠٤م) الذي اعتنق الإسلام عام (١٢٩٥م)، وأسلم معه عدد كبير من قومه، وعمد إلى قوانين جنكيز خان فصبغها بالصبغة الإسلامية، ثم أمر بكتابتها على ألواحٍ توضع في أماكن مرتفعة حتى يطَّلع عليها الناس.

ويصعب استقصاء هذه التجارب التشريعية العديدة في هذا الحيز، وإن وجبت الإشارة إلى أن التطوُّر في الصياغات الفقهية والأصولية قد يسَّر الانتقال إلى الصياغات التشريعية الناجحة في العصر العثماني.

ومن أبرز التطورات التشريعية التي جدَّت في هذه الفترة صدور تشريعاتٍ مستقلة في مجلة خاصَّة، تتعلَّق بموضوعٍ قانونيٍّ معيَّن، تحت عناوين، مثل: «قانون نامه»[196]، أو «سياست نامه»، أو «عدالت نامه»، أو «فرمان»، مع التقيُّد بالصياغات والمصطلحات الفقهية. ويقسم الباحثون مراحل إصدار القوانين العثمانية إلى مرحلتين: **أولاهما** الفترة الكلاسيكية، وهي الفترة السابقة على التنظيمات؛ **والأخرى** مرحلة التنظيمات.

وقد بدأت قوانين نامه من عهد السلطان عثمان الغازي، واستمرت هذه القوانين في أولاده وأحفاده إلى أن شعر محمد الفاتح بعد فتح القسطنطينية واتساعِ الدولة بضرورة سنِّ قوانين معلومة للجميع، لا تستعصي على الإصلاح والمراجعة اللازمة كلما سنحت حاجة أو مصلحة.

---

(١٩٦) تعني كلمة قانون: مقياس كل شيء، وتعني نامه: الكتاب؛ فمعنى قانون نامه: كتاب القانون.

وقد تطورت قوانين نامه، واقتربت من المذهب الحنفي وصياغاته باتساع الدولة وضمها البلاد العربية، وتطلع العثمانيين إلى منصب الخلافة وإمرة المسلمين. وشهدت هذه الفترة بروز عددٍ من كبار الفقهاء الذين أُسند إليهم أمر صياغة هذه التشريعات. ولعلَّ من أمهر هؤلاء الفقيه الحنفي أبا السعود العمادي الذي شارك في صياغة قوانين كلٍّ من محمد الفاتح(١٩٧)، وبايزيد الثاني، وحفيده سليمان القانوني(١٩٨).

---

(١٩٧) أصدر السلطان محمد الفاتح بعد فتحه القسطنطينية عام (١٤٥٣م) قانونين أساسيَّيْن: **أولهما** قانون نامه عثمانيان (آل عثمان)، وهو قانون يحتوي على التنظيم المالي والإداري للدولة ومؤسساتها، وصدر في إحدى وخمسين مادةً، مرتبة ترتيبًا قانونيًّا وموزعة على ثلاثة أبواب: أولها (المواد ١-٢٩) عن تحديد أصحاب المناصب العليا من الوزراء والأمراء والمسؤولين في الديوان وواجباتهم، استنادًا إلى العرف والمصالح والاستحسان والقواعد الشرعية العامَّة. وتعلَّق الباب الثاني (المواد ٣٠-٣٩) بمراسيم السلطنة بالاستناد إلى الأعراف والمصالح، لكن نصَّت المادة السابعة والثلاثون على حكمٍ غريبٍ مفاده جواز قتل أخي السلطان، لأجل المصلحة العامَّة وحفظ النظام. وقد أنكر الكثيرون وجود هذه المادة لمخالفتها للشريعة، ولعدم وجودها في قوانين نامه التالية. أما الباب الثالث والأخير (المواد ٤٠-٥١)، فينظِّم المستحقات المالية لكبار الموظفين وبعض الجرائم التي قد تقع منهم، طبقًا لحقِّ وليِّ الأمر في تحديد هذه المستحقات أو العقوبات التعزيرية. أما **القانون الثاني** الذي أصدره محمد الفاتح عام (٨٩٣هـ/ ١٤٨٨م)، فهو القانون السلطاني البادشاهي، الذي أثر في القوانين التالية له تأثيرًا كبيرًا، ويتألَّف من ثمانٍ وستين مادةً، موزعة على أربعة فصول: أولها (المواد ١-١١) عن جريمة الزنا ومقدماته حال عدم توافر شروط الحد، والعقوبة المالية المترتبة. وجاء الفصل الثاني (المواد ١٢-١٤) في العقوبات التعزيرية المالية على جرائم السبِّ والشجار بما يشمل الإيذاء البدني والشجاج والجراح. كما جاء الفصل الثالث (المواد ١٥- ٢٧) في العقوبات التعزيرية على جرائم شرب الخمر والسرقة وشهادة الزور، مما لم تتوافر فيها شروط الحدِّ، على حين يتعلَّق الفصل الرابع والأخير بتنظيم الواجب من خراج الأرض، والعشور، والمكوس. انظر: أورهان صادق جانبولات، قوانين الدولة العثمانية وصلتها بالمذهب الحنفي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص١٣٨.

(١٩٨) لا يختلف قانون بايزيد الثاني كثيرًا عن قانون سلفه، وإن تميَّز بالتوسُّع في العقوبات التعزيرية المالية، ودفع مال بدل كل جلدة واجبة، مع إضافة مواد تتعلَّق بإجراءات التحقيق (المواد ٣٦-٣٩-٤٠-٤١)، ومواد تتعلَّق بأراضي الإقطاع والتيمار (المواد ٤٢-٧٣)، وأنواع الضرائب المختلفة (المواد ٧٤-١٤٣)، وأحوال رعايا الدولة من مسلمين وغيرهم وحقوقهم وواجباتهم (المواد ١٦٨-٢٠٩)، والجنود ومن يقدم المعونة لهم من أهل الحدود، وأنواع البدع وتنظيم الاحتطاب (المواد ٢٣٠-٢٥٢). وقد اتسمت قوانين خلفه بايزيد الثاني بالاقتراب من الصياغات الفقهية =

أما المرحلة الأخرى فهي مرحلة الإصلاحات التشريعية أو مرحلة التنظيمات. وتتميَّز هذه المرحلة بصدور عددٍ من القوانين التي بيَّنت استهدافها الحكم بالشريعة، والمراعاة الكاملة لأحكام القرآن وقوانين الشريعة، وهو ما لم يكن مقبولًا من بعض القوى الداخلية والخارجية. ومن أهم ما صدر في هذه الفترة قانون نامه الجزائي لسنة (١٨٤٠م/ ١٢٥٦هـ)[١٩٩]، وتكملته الصادرة في عام (١٨٥١م)[٢٠٠]، ومن أهم ما صدر في هذه الفترة كذلك قانون الأراضي لعام (١٨٥٨م)، وقد جاء هذا القانون تتويجًا لجهودٍ سابقة أولت موضوع قانون الأراضي عنايةً خاصَّة بدءًا من شيخ إسلام عصره أبي السعود[٢٠١]، وما يزال لهذا القانون تأثيره حتى الآن في العراق والأردن، كما كان سببًا لصراعٍ عاتٍ بين إسرائيل والفلسطينيين[٢٠٢].

= في الحدود والعقاب على ترك الصلاة، وتجريم التعامل بالربا والزواج بالمطلَّقة قبل انتهاء عدَّتها. ولا تختلف قوانين سليمان القانوني عن قوانين أسلافه إلا من حيث الشمول وحسن التنظيم والتقسيم إلى أبوابٍ وفصولٍ تتناول موضوعًا محددًا في ترتيبٍ محكمٍ لا يختلف من حيث الشكل عن المدونات القانونية المعروفة. وقد بلغ عدد مواد قانون نامه الذي أصدره سليمان القانوني عقب توليه الحكم عام (٩٢٩هـ/ ١٥٢٣م) ثلاثمائة وعشرين مادةً، ومن الواضح التزام هذه القوانين وما تلاها بأحكام الشريعة الإسلامية. انظر: السابق، ص١٥٨-١٦٢.

(١٩٩) أعدَّت هذا القانون لجنة من (٤٤) عضوًا، وضمَّت بعض كبار العلماء والوزراء، ويحتوي هذا القانون على (٤٠) مادةً، نظمت العقوبات التعزيرية من قتلٍ وحبسٍ لجرائم التمرُّد والإخلال بالأمن والاغتصاب والرشوة والاختلاس والتعدي على البدن الإنساني، دون تعرضٍ للعقوبات الحديَّة. ولا يتضمَّن هذا القانون بذلك أية مخالفة للأحكام الشرعية.

(٢٠٠) تناول هذا القانون العقوبات التعزيرية على جرائم التزوير، وخطف البنات، والتحرش، والسُّكر والقمار، ويشبه سابقه في عدم المخالفة للأحكام الشرعية.

(٢٠١) تبدو أهمية ما قام به أبو السعود في معروضاته التي يشير إليها ابن عابدين كثيرًا وتمثِّل اختياراته من الآراء المتضمنة في المذهب الحنفي، والتي عرضها على السلطان فوقَّع عليها بالإلزام، وكأنها قانونٌ يُرجع إليه عند الاقتضاء، وكان ابن عابدين يشير إلى طبيعتها الملزمة، لصدورها من وليِّ الأمر.

(٢٠٢) Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel: A History of the Survival of Tanzimat and Shari'a in the British Mandate and the Jewish State*, (Leiden: E.J. Brill) 1978, pp. 56-57.
Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: Oxford University Press) 1964, p. 82..

ولعل قانون الدولة العثمانية الأساسي الصادر عام (١٨٥٨م) أولَ دستور حديث أصدرته دولة إسلامية، وأثَّر في الدساتير التي صدرت في البلاد الإسلامية فيما بعد. وقد اشتملت مقدمة هذا الدستور أو القانون الأساسي على أن الهدف من التنظيمات هو تحقيق أمن الرعيَّة في نفوسهم وأموالهم وأعراضهم، وجعل قوانينهم ونواميسهم موافقةً لأحكام الشريعة.

وقد نصَّت المادتان التاسعة والعاشرة على حماية الحرية الشخصية لجميع المواطنين، وجاءت الموادُّ بعد ذلك بالنصِّ على الحرية الدينية، والمساواة، والحق في التعليم، وحماية الملكيَّة الخاصَّة. وتمنع المادة (٢٤) من المصادرات والسخرة، كما تمنع المادة (٢٦) من التعذيب والإهانات. وتحدِّد المواد (٢٧-٤١) صلاحيات الوزراء والموظفين العموميين، وواجباتهم ومسؤولياتهم ومحاسبتهم. كما تضبط المواد (٤٢-٨٠) تشكيل مجلس الأمَّة المؤلَّف من مجلس المبعوثين ومجلس الأعيان، والشروط الواجب توافرها في أعضائه لانتخابهم. وتتعلَّق المواد (٥٣-٥٥) بكيفية ممارسة هذين المجلسين لتقرير قانونٍ أو تغييره. وتحدِّد المواد (٨١-٩١) عمل النظام القضائي تحت عنوان القوة الشرعية النظامية، بالنصِّ على علانية المحاكمة ونشر المضابط، وعلى أن «المواد المتعلِّقة بالشريعة المطهَّرة تُنظر في المجالس الشرعية، والمواد المدنية تُرى في المجالس البلدية»[٢٠٣]، وعلى تعيين «وكلاء من طرف الحكومة للقيام بالدعاوى العمومية»[٢٠٤]. وتنظِّم المواد التالية ماليةَ الدولة وإداراتها وأساليب فرض الضرائب، وشروط إعلان الطوارئ. كما تنصُّ المادة (١١٤) على جعل التعليم الابتدائي إجباريًّا على كل العثمانيين.

ومن كلٍّ هذا تتضح الخبرة المديدة للعثمانيين في الصياغة التشريعية من حيث الشكل، وحفاظهم المستمر على استمداد تشريعاتهم من الشريعة في تفسيرات المذهب الحنفي لها مع الإفادة من غيره، وذلك من حيث المضمون.

وقد احتوت هذه القوانين منذ محمد الفاتح على نصوصٍ تهديدية دفاعية

---

(٢٠٣) المادة السابعة والثمانون.

(٢٠٤) المادة الحادية والتسعون.

تمنع مخالفتها؛ ففي قانون نامه الصادر عام (٨٩٣هـ) أن «كل مَن يخالف هذا القانون كائنًا من كان يُعَدُّ مذنبًا ومستحقًّا للعتاب والعقاب»[٢٠٥]. ولم يكن الخلفاء العثمانيون الذين توارثوا هذه الصنعة القانونية المتقنة بحاجةٍ إلى نقلها عن الفرنسيين أو الألمان أو غيرهم ممَّن كانوا في بدايات التمرُّس بهذه الصناعة.

وإذا كان من الواجب أن نسمي الأشياء بأسمائها الحقيقية، فإن من الممكن التنزل إلى القول بأن الفلسفة التشريعية الإسلامية قد أتاحت تحت جناح المصلحة والعرف والاستحسان الإفادةَ من بعض المضامين القانونية التي تطورت في الغرب في القرن التاسع عشر، مثل إلزامية التعليم الابتدائي والانتخاب ومجلس الأمَّة، وما إلى ذلك.

أما الفلسفة القانونية الضابطة، فقد بقيت من الشريعة والمذهب الحنفي؛ ولهذا استمرَّ الشرَّاح للقوانين الصادرة في عصر التنظيمات، كشرَّاح المجلة العدلية أو القوانين الجنائية العثمانية، بأرديتهم التقليدية ذاتها، من حيث اللغة والمصطلحات والاستدلال والمصادر المعتمدة لديهم، دونما أدنى إشارة إلى أية مصادر أجنبية. ويخلط هؤلاء الذين يصلون التنظيمات بالمصادر الأجنبية بين هذه الفترة وما صار إليه الحال في فترة التغريب التي قادها الكماليون.

ويتخذ قانون الأراضي الذي سبقت الإشارة إليه، والصادر في فترة التنظيمات، ومجلة الأحكام العدلية الصادرة عام (١٨٧٦م)، وقانون حقوق العائلة العثماني لعام (١٩١٧م)؛ أهميةً خاصَّة لاستمرار تأثيرها في قوانين الأراضي والقوانين المدنية والأحوال الشخصية المطبَّقة في البلاد العربية والإسلامية.

---

(٢٠٥) أورهان صادق جانبولات، مرجع سابق، ص١٣٠. وأودُّ أن أسجِّل هنا هذا الحوار المفعم بالنُّبل والدال على مقصد هذا الفاتح العظيم محمَّد فاتح إستانبول، ففي طريقه إلى طرابزون التقى سارة خاتون، والدة حاكم دولة آق قوينلو، وكان يخاطبها: «يا والدتي» احترامًا لها، وعندما رأته في مشقَّة شديدة، ويضطر أحيانًا إلى النزول عن فرسه، توجَّهت إليه بقولها له: «يا ولدي، أيجدر بك مكابدة هذه الصعاب من أجل طرابزون الصغيرة؟»، فردَّ بقوله: «يا والدتي، سيف الإسلام سُلِّم إلينا، ولا نقصد إلا نيل رضا الله والفوز بثواب الجهاد»، المرجع نفسه، ص١٤٤. وطرابزون بلدة جميلة في شرق تركيا على ساحل البحر الأسود، وتقع على طريق الحرير.

ولم يتوقَّف تعبير التشريع والتصاقه بمفاهيم الفقه الإسلامي في القرن العشرين رغم الضغوط الغربية، وهو ما يبدو في مشروعات السنهوري المدنية في مصر والعراق والكويت، كما يبدو أيضًا في القانون المدني الأردني والإماراتي والقطري والعماني، وبعض التشريعات الأخرى في باكستان وأفغانستان ونيجيريا والسودان، مما يدلُّ على اتساع مدى مصدرية التشريع في إدارة العدالة في البلاد العربية والإسلامية.

لقد كان حريًّا بالمفكِّرين الأصوليين - بالنظر إلى هذه النماذج - أن يفردوا للتشريع مكانته اللائقة به بين مصادر التشريع، للنظر في منهج التشريع وحجيته، والقيود التي تُشترط للعمل به، وما إلى ذلك مما تحقَّق للعرف مؤخرًا على يد العالم الجليل عبد الوهاب خلاف.

(٣) المنهج:

انشغل الكتَّاب المعاصرون بالتفكير في سَوق أدلَّة إباحة التقنين أو تحريمه، متجاهلين التاريخ والواقع والإسهام الوفير لهذا المصدر في إدارة العدالة في البلاد العربية والإسلامية دون عنايةٍ تُذكر بمنهجيَّة التشريع الواجبة الاتباع.

وإذا كان الواجب أن يستجيب التشريع للمصالح الاجتماعية الأساسية وَفْقَ الشروط المقرَّرة لإعمالها على النحو السابق ذكره عند تناول المصلحة، فإن هذا هو ما يشكِّل أساس منهج هذا المصدر. مثال ذلك ما قرَّره الدستور العثماني من إلزاميَّة التعليم الابتدائي على نحوٍ تحقَّقت به المصلحة الاجتماعية، دون مصادمة للمبادئ الشرعية، وهو الأساس ذاته في إقرار مبدأ الانتخاب، وإقرار المجالس النيابية.

وينبغي أن يتسع التشريع للتعبير عن التراث التشريعي والفقهي والقضائي، وما عليه الأعراف السائدة المعبِّرة عن القبول العام، بالشروط السابقة الذكر عند تناول العرف. ويلزم وعي المشرعين بما توجبه المبادئ الشرعية العامَّة والعدالة في السياقات الاجتماعية الخاصَّة، مما يمكن معه قبول الطوارئ لضروراتٍ تنقضي بانقضائها.

ولا يمثِّل الاكتفاء باشتراط عدم مخالفة التشريع النصوص والمبادئ الشرعية، على النحو الذي ارتآه بعض أعضاء لجنة تقنين الشريعة في مجلس الشعب المصري برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب؛ منهجًا للتقنين المقبول، وإنما هو شرط ثابت ومتفق عليه لإعمال كلٍّ من المصلحة والعرف. وقد انتقد الدكتور محمد زكي عبد البر هذا الاتجاه الذي يدعو إلى قبول القوانين القائمة في جملتها، ونسبتها إلى الشريعة، ما لم تكن مخالفةً لمبادئها؛ ولذا رأت هذه اللجنة أن موادَّ قانون المرافعات المصري موافقةٌ للشريعة، باستنادها إلى المصلحة، وهي دليل من أدلَّة الشرع. وبهذا فلا ضرورة لإعادة النظر إلَّا في بعضها لجعل هذا البعض أكثر موافقةً لمقاصد الشرع ومبادئه. ويمكن صدور قانون جديد ونسبته إلى الشريعة دون تردُّد فيما رأته هذه اللجنة.

وأوافق تمامًا على ما ذهب إليه الدكتور عبد البر في وصفه هذا الاتجاه بأنه اتجاه معيب ومخطئ(٢٠٦)؛ لكن لأسبابٍ أخرى غير التي ذكرها، وبمنهجٍ وقصدٍ آخر غير الذي اقترحه. إنه يريد أن يبدأ من صياغات الفقه الإسلامي، مع التقيُّد بمقررات مذاهبه، واختيار أحدها لتطبيقه في الإقليم الذي ينتشر فيه، دونما خروج على مقرراته إلا لمصلحة تدعو إلى هذا الخروج؛ فتأخذ مصر - على سبيل المثال - بالمذهب الحنفي، ولا تأخذ بغيره إلا لمصلحةٍ معتبرة.

ويتجاهل هذا المقترح تاريخ تطوُّر التشريع في النظام القانوني الإسلامي، والنماذج الناجحة والمؤثرة في النُّظم القانونية المطبَّقة في البلاد العربية حتى الآن، مثل قانون الأراضي العثماني، ومجلة الأحكام العدلية، كما أن المقصود هو تطوير إدارة العدالة في بلادنا العربية والإسلامية على ضوء المبادئ العامَّة للشريعة الإسلامية من الحرية والعدالة والمساواة والكرامة الإنسانية والشورى، والفلاح، وضمان المستوى الإنساني للمعيشة، وتأمين القدرة الدفاعية لمجتمعاتنا، ومنع التعذيب، والمعاملة الكريمة للمسجونين، وما إلى ذلك من مصالح سبق تناول بعضها.

ويقتضي ذلك هزَّ النُّظم القانونية المعمول بها في بلادنا من الجذور،

---

(٢٠٦) محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، ص٨٠ وما بعدها.

وتغذية الدرس النقدي لها. ورغم أن الدكتور محمد عبد البر يدرك أن مقتضيات الدرس الفقهي غير مقتضيات التقنين، فإنه لا يمدُّ بصره لغير الفقه، ويتجاهل تراثنا التشريعي والقضائي الذي لا يقلُّ أهميةً عن تراثنا الفقهي في الإعداد للتقنين المنتظر.

(٤) المشروعيَّة:

يُستَدلُّ على مشروعية التشريع وسنِّ القوانين بالأدلَّة الموجبة لرعاية المصالح الاجتماعية، وبمسلك النبيِّ ﷺ وخلفائه من بعده في سنِّ القوانين والإعلان عنها وفرضها على الكافة، كما يُستَدلُّ على هذه المشروعية أيضًا باتجاهات الدول الإسلامية الكبرى إلى التقنين والتشريع لتوحيد النُّظم القانونية المعمول بها.

ومن المؤكَّد أن دراسة هذه التشريعات ما تزال في بدايتها، وتحتاج إلى تضافر الجهود لمعرفة الإسهام الحقيقي للتقنين والتشريع الذي يعين القاضي على تحديد الحكم المقضي به.

وأهمُّ ما يتذرع به الرافضون للتشريع أنه يتعارض مع التقاليد الداعية إلى حرية الاجتهاد، حيث إن الواجب على المجتهد هو الرجوع للقرآن والسُّنة والإجماع والقياس، لا التشريع الذي يضعه غيره، وقد يشكِّل مصدرًا مناقضًا فيما يصل إليه اجتهاده، لما يجده في هذه المصادر. وهذا هو ما منع الإمام مالكًا من الاستجابة لمطلب أبي جعفر المنصور، معتذرًا بأن الناس سبقت لهم اجتهادات، ولا يرون التقيُّد باجتهاداته.

وإذا كانت هناك نماذجُ للتقيُّد بالتشريع، فهناك نماذجُ أخرى سعت إلى معاونة القضاة بطرقٍ أخرى لا تضحي بحريتهم في الاجتهاد تمامًا، مما ينفي الضرورة إلى التشريع. فهناك مع ذلك التخوف من فرض التشريعات المناقضة لمصالح الناس وحرياتهم، وتعصف بآمالهم وتطلعاتهم، على النحو الذي قام به المستعمِر وبعض الحكومات المستبدَّة التي أتت بعد رحيله. وهناك كذلك بعض التقاليد القانونية للبلاد المتحضِّرة التي لا تلجأ إلى التقنين إلا في أحوالٍ

خاصَّة، وإن اتجهت إلى التوسُّع في التشريع مؤخرًا، وهو الحال في البلاد التي تتبع القانون العرفي (Common Law).

ويمكن الردُّ على هذا كلِّه بأن التشريع لا يهدف إلا إلى تيسير التعرف إلى الأحكام الشرعية المحقِّقة للمصلحة والعدالة، بغية تحقيق الاستقلال القانوني بعد أن تحقَّق لنا قدر من الاستقلال السياسي. وقد ساق السنهوري أدلةً قاطعةً على وجوب تنقيح القانون المدني المصري للخلاص من التبعية القانونية، وتمَّ له ذلك في إطار ظروفٍ سياسية غير مواتية. ومن الغريب أن تستمرَّ هذه التبعية في المجالات القانونية الأكثر تكريسًا للتبعية، مثل القانون الجنائي والإداري، والطوارئ، والمحاكم الخاصَّة، وما إلى ذلك مما ثبتت ضرورات تغييره. وليس القانون في هذه المجالات مجرَّد أحكامٍ ومبادئ، وإنما هو إلى جانب ذلك ممارسة للقوة، وبسطٌ للمعرفة التي تصوغ وجدان الناس وعقولهم، مما يؤثر في ثقافة الناس ووجهاء المجتمع الذين انحصرت هممهم في وسائل الاقتراب من النموذج الغربي أكثر من تفكيرهم في مصالح الناس، وافتقر المتخصِّصون في الدراسات الفقهية للفهم المتعمِّق للنظام القانوني الإسلامي بسبب سوء مناهج التعليم. وفي هذا السياق، يصبح التقنين ضرورةً ملحَّةً لتيسير رجوع القضاة والمتخصِّصين للأحكام الشرعية. ويدلُّ اتجاه السعودية إلى تقنين أحكام الإجراءات الجنائية، وصدور هذا القانون عام (٢٠٠١م)، على أن التشريع والتقنين هو الاتجاه الغالب في المستقبل القريب.

والخلاصة أن الشروط التي ينبغي توافرها في التشريع:

أ - عدم مصادمة النصوص الشرعية، والمبادئ المتضمنة في القرآن الكريم والسُّنة النبوية.

ب - تحقيق العدالة والمصلحة والحرية والكرامة الإنسانية والقيم المعتبرة.

ج - الصياغة المنضبطة الترتيب والتنظيم والتقسيم لأبواب وفصول ومواد متسلسلة الترقيم.

د - إثبات الأمثلة التوضيحية على النحو الذي سارت عليه المجلة

العدلية، ويتفق مع طريقة القانون العرفي الإنجليزي في إرفاق الأمثلة العديدة بالمبدأ بعده لتوضيحه. وبهذا لا يكون القانون مجرَّد أوامر يلقيها على المخاطبين به، وإنما يعمل على تيسير فهم هذه الأوامر وتوضيحها.

هـ - إثبات القواعد المتعلِّقة بالتشريع لتفسيره، والاعتماد عليها لملاحقة التطوُّر، أسوة بمنهج المجلة.

و - إعداد مذكرة توضيحية شاملة تثبت المصدر الفقهي للرجوع إليه لمن أراد الاستزادة، أسوة بما اتبعه القانون المدني الأردني والقوانين العربية الأخرى التي نقلته بكامله.

المصدر الثامن: سَدُّ الذرائع

(١) تقديم:

لا يطبِّق الفقيه الأحكامَ التي تقوده إليها المصادر العامَّة النظرية (القرآن والسُّنة والإجماع والقياس) أو العملية (الاستحسان والمصلحة والعرف والعمل القضائي والتشريع) تطبيقًا آليًّا يتجاهل الواقع، ولا يتبصر ما تؤول إليه هذه الأحكام. وقد اقتضت الصناعة الأصولية إبراز آلياتٍ يجري إعمالها لضبط الحكم وتعديله أو العدول عنه وتغييره بالنظر إلى النتائج العملية المترتِّبة على الحكم. وتتمثَّل هذه الآليات في عددٍ من القواعد الأصولية التي تناولها الشاطبي في سياق نظره في المقاصد، وهي قاعدة الذرائع التي جرى تطويرها داخل المذهب المالكي، والحيل التي بدأها الأحناف بما ألَّفه محمد بن الحسن الشيباني المتوفَّى عام (١٨٩هـ) في هذا الموضوع[٢٠٧].

(٢) تعريفه:

الذريعة هي السبب الموصل إلى الشيء، أو الوسيلة أو الطريقة التي توصل إلى الهدف، سواء كان هذا الهدف مصلحة أو مفسدة، والذرائع في الاصطلاح هي الأسباب والوسائل الموصلة إلى المفاسد، وسدُّ الذرائع معناه المنع من اتخاذ الأسباب والوسائل المفضية إلى المفاسد. غير أن هذه الوسائل إذا كانت محرَّمةً في ذاتها، فإنها لا تدخل في باب سدِّ الذرائع، من ذلك أن

---

(٢٠٧) انظر: المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني، نشر مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، (١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م).

القتل وسيلةٌ إلى مفاسد تتعلَّق بانتهاك حرمة الحياة الإنسانية، وإشاعة الفتن والصراعات، وتحريم القتل ليس من باب سدِّ الذرائع؛ لكونه محرَّمًا بالنصِّ. أما إذا كانت الذريعة أو الوسيلة مباحةً وغير محرَّمة في ذاتها، لكن بالنظر إلى مآلها وما تفضي إليه وما ينتج عنها وجدناها مفسدة، فيحكم بتحريم هذه الوسيلة أو الذريعة، منعًا للمفسدة التي تنشأ عنها.

يوضِّحه مما ذكره الفقهاء أن الخلوة بالأجنبية أمرٌ لا شيء فيه في ذاته، والقياس أن يكون مباحًا، غير أن هذه الخلوة تؤدي في كثيرٍ من الأحيان إلى الوقوع في الزنا، فتمتنع الخلوة بالأجنبية سدًّا للذريعة المفضية إلى الزنا.

ومنه كذلك النهي عن تلقي الركبان، فإن شراء الحضري من البدوي أمر مباح، غير أنه منع منه لما يؤدي إليه من مفسدة الإضرار بالمنتج أو المستهلك على التفصيل السابق.

ومن ذلك فيما يذكره الشاطبي: «الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك، وإعطاء المال للمحاربين وللكفار في فداء الأسرى، ولمانعي الحجاج حتى يؤدوا خراجًا؛ كل ذلك انتفاعٌ أو دفع ضرر بتمكينٍ من المعصية، ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر على الكفر، أو قتل الكافر المسلم... بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو درء مفسدة يلزم عنها إضرار الغير، إلا أن ذلك كله إلغاء لجانب المفسدة؛ لأنها غير مقصودة للشارع».

ويؤكِّد القرافي أن هناك قسمًا من الذرائع أجمعت الأمَّة على سدِّه ومنعه وحسمه: «كحفر الآبار في طرق المسلمين، فإنه وسيلةٌ إلى إهلاكهم فيها، وكذلك إلقاء السُّمِّ في أطعمتهم، وسبُّ الأصنام عند من يُعْلَمُ من حاله أنه يسبُّ الله».

ومن هذا القبيل نهى الشارع الدائن عن قبول الهدية من المدين إلا إذا حسبها من دَينه، حتى لا يثاب على الدَّين فيدخل في الربا.

(٣) الحيل الشرعيَّة:

تعني التحوُّل والتذرُّع بوجهٍ سائغٍ مشروعٍ على إسقاط حكمٍ شرعيٍّ تحقيقًا

لغرض المتحيل، وهو بهذا يستخدم الحكم الشرعي لتحقيق مقصودٍ آخر غير ما أراده الشارع. من ذلك قيام صاحب المال بهبته لزوجته عند اقتراب وجوب زكاته حتى لا تجب عليه. وهو بهذا يستخدم الهبة التي شُرعت للتبرع والمواساة وتحقيق المودَّة في التوسُّل بها إلى تحقيق غرضٍ آخر غير مقصودٍ من شرعها، وهو التهرُّب من دفع الزكاة. ويحرم مثل هذا التحيل منعًا لما يؤدي إليه من مفسدة الإضرار بالفقراء والجهات المستحقَّة للزكاة.

ويوضِّح الشاطبي وجه تحريم الحيل بأن الأحكام الشرعية قد شُرعت لتحقيق مصالح معينة، وينبغي أن يوافق قصدُ المكلَّف في إتيانه الفعل قصدَ الشارع في شرعه حتى يتحقَّق الامتثال والطاعة.

ولذا فإن الواهب شيئًا لزوجته لا بدَّ أن يوافق قصده في الهبة التبرع والتودُّد، أما إن كان قصده من الهبة نقل ملكيَّة أمواله لزوجته قبل وجوب الزكاة عليه تهربًا من هذا الوجوب، فإنه يكون مخالفًا لقصد الشارع ويحرم عليه فعل ما فعله.

ويتضح من هذا أن الأحكام الشرعية مرتبطةٌ بمقاصد معينة، وتتغيَّر هذه الأحكام بتغيُّر مقصود المكلَّف منها.

(٤) حجيَّة سدِّ الذرائع:

اتجه المالكية والحنابلة إلى الاعتراف بهذا الأصل، واعتبره ابن القيم أحد أرباع التكاليف. ويستدلُّ المثبتون لحجيَّة هذا الأصل بالأدلَّة التالية:

(١) مسلك القرآن الكريم في النهي عمَّا هو مباح إذا ترتَّبت عليه مفسدة، مثل النهي عن سبِّ الأصنام التي يعبدها الكفار إذا غلب على الظنِّ أنهم سيسبون الله. وذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨].

(٢) مسلك السُّنة النبوية الثابتة في النهي عن فعل المباح إذا كان يؤدي إلى المفسدة.

(٣) يدلُّ العقل كذلك على أن ما كان طريقًا للحرام أو الواجب، فإنه يأخذ حكمه.

وقد خالف بعض الفقهاء في ذلك، ورأى أنه لا يعمل بالذرائع ولا يجب سدُّها. غير أن هذا القول النظري يناقضه التصرف العملي، فكلُّ الفقهاء يرجعون في استنباطهم لهذا الأصل ويعملون به.

(٥) شروط العمل بسدِّ الذرائع:

يُشترط للعمل بهذا الأصل شرطان:

الأول: أن يكون أداء الذريعة إلى المفسدة مقطوعًا به أو كثيرًا لا نادرًا؛ لأن النادر لا حكم له، فحفر البئر في وسط الطريق العام مقطوعٌ بوقوع الناس فيه وقتل بعضهم بهذا الوقوع. أما حفر حفرة في جانب من الطريق، فإنها تؤدي إلى هذه المفسدة، وتعرض بعض الناس للقتل كثيرًا، فيمنع من الحفر في وسط الطريق أو على جانبه إلا في الضرورة مع توخي الحذر ووضع العلامات الدالَّة للناس على وجود الحفر، أما حفر بئر في صحراء فهذا لا بأس به لندرة وقوع أحدٍ فيها.

والثاني: رجحان المفسدة في الفعل على المصلحة حتى يمنع، أما إذا زادت المصلحة على المفسدة فلا يمنع؛ ولهذا لا تمتنع رشوة الظالم بالمال لمنعه من قتلِ مسلم؛ لأن الموازنة بين دفع المال للظالم للتقوى به وهو حرام، وبين ما يترتب عليه وهو منعه من القتل، يثبت أن الثاني أعظمُ الشرين خطرًا، فيحكم بدفعه بتحمل الأهون والأيسر.

ومن هذا كلِّه يتضح أن سدَّ الذرائع أصلٌ من الأصول الشرعية التي يعتمد عليها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية.

المصدر التاسع: الاستصحاب

(١) تعريفه:

الاستصحاب هو طلب الصحبة والملازمة، فاستصحاب شيء يعني ملازمته، وهو في الاصطلاح عبارة عن ثبوت الحكم في الزمن الحاضر لثبوته في الماضي لعدم وجود مغيِّر يغيِّره. ويدلُّ هذا التعريف على الأمور التالية:

(١) يتطلَّب الاستصحاب العلمَ بوجودِ حكمٍ معيَّن في الماضي، سواء ثبت الحكم في الماضي بالعقل أو بدليل شرعيٍّ.

(٢) إثبات هذا الحكم في الحاضر، فمَنْ ثبتت ملكيته لشيء في الماضي اعتبر مالكًا له في الحاضر استصحابًا للحكم السابق.

(٣) لا يعمل الاستصحاب إلا بعد البحث عن المغيِّر للحكم الثابت في الماضي والانتهاء إلى عدم وجوده بعد هذا البحث. ولذا فإن الملكيَّة المقطوع بوجودها في الماضي لا تثبت في الحاضر إلا إذا لم يوجد دليلٌ على تغييرها. أما إذا وجِد دليلٌ على التغيير بالبيع أو الهبة أو الإقرار بالملكية للغير أو ما إلى ذلك، فإن الاستصحاب لا يعمل.

ومن أمثلة الاستصحاب استمرار الحكم بحياة المفقود بعد فَقْدِه، حتى يحتفظ بنصيبه في ميراث من مات من أقاربه إلى أن يتبيَّن حاله من الموت أو الحياة، فإذا ظهر حيًّا أخذ نصيبه وإلَّا أُعيد هذا النصيب إلى مستحقه.

وتنبني الثقة بالاستصحاب من الناحية المنطقية على نوعٍ من الاستقراء، فما ثبت في الماضي يغلب على الظنِّ ثبوته في المستقبل، ما لم يوجد شيءٌ يوجب التغيير؛ ذلك أنك تنتظر شروق الشمس في المشرق في الصباح بناءً على

تكرُّر شروقها في الماضي من الاتجاه نفسه، وكذا فإنك تعتقد في ازدحام شارعٍ معيَّن وكثرة السيارات فيه في وقتٍ معيَّن بناءً على حدوث ذلك في الماضي، أما إذا رأيت وجود ما يمنع دخول السيارات إلى هذا الشارعِ فتستنتج حدوث التغيير وقلَّة السيارات في الشارع أو انعدامها.

(٢) أنواعه:

ينقسم الاستصحاب إلى نوعين:

الأول: استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية أو الإباحة، لعدم الدليل الذي يغيِّر هذا الحكم، ومبنى هذا النوع من الاستصحاب أن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن الأصل في الذمَّة البراءة ما لم يدل دليلٌ على خلاف ذلك.

يوضِّح هذا النوع من الاستصحاب أنه إذا جرى العرف أو القانون على تصحيح معاملة من المعاملات ولم يكن في النصوص الشرعية ولا في الإجماع ما يعارض ذلك، فإن الواجب يقتضي الحكم بصحَّة هذه المعاملة، وكذا لو ادَّعى أحدٌ دينًا على آخر فإنه يحكم ببراءة ذمَّة المدَّعى عليه ما لم يثبت هذا الدَّين ببيِّنة تثبته. وكذا لو اتُّهم شخصٌ في جريمة، فإنه يحكم ببراءته ما لم يثبت ارتكابه للجريمة بالأدلَّة المعترف بها، ولا يحلُّ حبسه ولا تعذيبه ولا ترويعه على أيِّ نحوٍ كان، فإذا ثبتت التهمة بالأدلَّة تغيَّر حاله وحُكم بإدانته.

أما **النوع الثاني** من الاستصحاب، فهو استيفاء الحكم الشرعي الثابت بدليله إلى حين حدوث ما يغيِّر هذا الحكم. ولذا فإن مَنْ توضَّأ يحكم بطهارته على وجه اليقين، ولا يرتفع الحكم ببقاء وضوئه بمجرَّد الشكِّ في انتقاض الوضوء؛ لأن الثابت بيقينٍ لا يرتفع إلا بيقينٍ آخر، وكذا فإن الحيازة المستقرَّة دليلُ المِلك، ولا ترتفع الملكيَّة المتيقنة على هذا النحو بمجرَّد ادعاء شخصٍ آخر ملكيَّة الشيء المحوز، إلا إذا أثبت المدَّعي ملكيته لهذا الشيء بطريقٍ من طرق الإثبات المقبولة.

(٣) حجيَّة الاستصحاب:

اختلف الأصوليون في حجيَّة الاستصحاب إلى فريقين:

الأول: أنه حجَّة في الدفع لا في الإثبات، وهو مذهب الأحناف، ومعناه أن الاستصحاب يعمل للحفاظ على الوضع القائم، ولا يصلح لإثبات وضعٍ آخر، فالمفقود لا يورث وتظلُّ أمواله على مِلكه إلى أن يحكم بوفاته، ويرثه من يوجد من أقاربه عند الحكم بموته، وتبقى الزوجية قائمةً إلى حين الحكم استصحابًا لحياته التي ثبتت بيقينٍ، فلا يرفعها إلا الحكم بوفاته من القاضي. غير أن مقتضى إثبات حياته على هذا النحو الذي أدى إلى استدامة الحياة الزوجية وبقاء ملكيته لأمواله أن تثبت له بعض الحقوق الأخرى كميراث من يموت من أقاربه قبل الحكم بوفاته، غير أن الأحناف لا يثبتون الحقوق بالاستصحاب. ولذا لا يرث المفقود من يموت من أقاربه في أثناء فَقْدِه إلا إذا ظهر حيًّا، أما إذا حُكم بموته فإنه لا يرث من مات من أقاربه بعد تاريخ فَقْدِه.

أما **الفريق الآخر**، فقد اتجه إلى أن الاستصحاب حجَّةٌ في كلٍّ من الدفع والإثبات، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة، وتطبيقًا لهذا فإن المفقود يحتفظ ببقاء ملكيته وتبقى زوجيته قائمةً إلى حين الحكم بموته، ويدفع الاستصحاب تعلُّق أي حقٍّ للغير بذلك. ومن جهة أخرى، فإن المفقود يرث من يموت من أقاربه بعد فَقْدِه وقبل الحكم بموته، وبهذا يعمل الاستصحاب حجَّة في إثبات الحقِّ كذلك، ويستند هؤلاء إلى أنه إذا منعنا تعلُّق حقِّ الغير بمال المفقود للحكم بحياته، فإننا سنضطر إلى إثبات حقِّه في ميراث من يموت من أقاربه.

(٤) قواعد الاستصحاب:

يعمل الاستصحاب في مجال البيِّنات ودفع الدعاوى أو إثباتها كما تقدَّم، وقد صاغ الفقهاء القواعد التي تضبط عمل الاستصحاب، وفيما يلي بعض هذه القواعد:

١ - اليقين لا يزول بالشكِّ:

الشكُّ هو التردُّد وعدم وجود مرجحٍ لاحتمال وقوع الفعل أو عدم وقوعه،

أما اليقين فهو حصول الجزم أو الظنِّ الغالب بوقوع الفعل أو عدم وقوعه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الشخص إذا سافر وانقطعت أخباره عن أهله وكانت حياته مشكوكًا فيها، فإن ذلك الشكَّ لا يزول إلا باليقين؛ وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته بيقينٍ. لكن الشخص إذا سافر بسفينة وثبت غرقها، فإنه يُحكم بموته وإن لم تظهر جثته؛ لأن موته في هذه الظروف هو الظنُّ الغالب، والظنُّ الغالب بمنزلة اليقين في الأمور العملية غير الاعتقادية.

وهذه القاعدة هي أساس درء العقوبة بالشبهة طبقًا لما يفيده قوله ﷺ: «ادرأوا الحدود بالشبهات، ولأن يخطئ الإمام في العفو خَيْرٌ من أن يخطئ في العقوبة». ومعناه أن براءة المتهم قبل التهمة ثابتةٌ بيقينٍ، فيستصحب هذا اليقين إلى أن يرد دليلٌ يفيد قيام التهمة في حقِّه وارتكابه للجريمة بيقينٍ أو بظنٍّ غالب، وإلا انتفت التهمة في حقِّه ولم يحل لأحدٍ أن يفرض عليه عقوبة أو يضيق عليه أو يعذِّبه أو يهدِّده بعذاب.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا هلك المال في يد الأمين، فإنه لا يحكم عليه بالضمان إلا إذا ثبت تعديه فيه، لاستصحاب أمانته والثقة فيه ما لم يتغيَّر ذلك بدليلٍ يثبت تعديه.

٢ - الأصل بقاء ما كان على ما كان:

تفيد هذه القاعدة وجوبَ الحكم بدوام الوضع السابق واستمراره على حاله ما لم يرد دليل التغيير، وتعمل هذه القاعدة في اتجاهين:

أولهما: التعرف إلى الحاضر من الماضي، وهذا هو المسمَّى «استصحاب الماضي بالحال» أو الحكم على شيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ما لم يقم دليلٌ على خلافه. من ذلك إذا ثبتت ملكيَّة محمَّد لمنزلٍ معيَّن في الماضي وادَّعى أحدٌ ملكيَّة هذا المنزل، فإنه لا يحكم بثبوت الملكيَّة لهذا المدَّعي، ونحكم بثبوتها لمحمَّد في الحال الحاضر بناءً على ثبوتها في الماضي، إلا إذا وجِد دليلٌ يوجب الملكيَّة للمدَّعي.

والثاني: التعرف إلى الماضي بمعرفتنا للحاضر؛ ولذلك فإن من تثبت ملكيته لشيءٍ الآن يُعَدُّ مثبتًا لهذه الملكيَّة في الماضي إلا أن يدلَّ الدليل على خلافه، وهذا هو استصحاب الحال في الماضي، ومعناه اعتبار حالة الشيء في الحاضر أنها حالته كذلك في الماضي. ولذا فإن المفقود إذا حكم القاضي بموته بعد غيبته غيبة منقطعة، ارتدَّ هذا الحكم إلى الماضي واعتبر ميتًا من وقت غيبته حتى لا يرث من مات من أقاربه في أثناء هذه الغيبة.

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة «القديم يُتْرَك على قدمه»، ومفاد هذه القاعدة أن القديم الموافق للمشرع يجب أن يُترك على حاله الثابت له ما لم يثبت خلافه؛ لأن بقاء ذلك الشيء مدَّة طويلة دليلٌ على أنه مستندٌ إلى حقٍّ مشروعٍ فيحكم بأحقيته. ولذا فإنه لو حاز أحدٌ أرضًا مدَّة طويلة حيازة مستقرة لم يصح تعرض أحدٍ له ما لم يقم دليلٌ يثبت تعديه في هذه الحيازة. وهذا هو معنى قول أبي يوسف في كتابه الخراج: «ليس للإمام أن يخرج شيئًا من يد أحدٍ إلا بحقٍّ ثابتٍ معروف». وكذا لو كان لأحدٍ نافذة قديمة تطلُّ على جاره لم يجب عليه إغلاقها. ولو كان لشخصٍ مسيلٌ لصرف الماء يمرُّ من أرض جاره، وطلب الجار إغلاقه وتحويل الصرف إلى مكانٍ آخر، لم يُجب إلى طلبه.

غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل تتقيَّد بالقاعدة التالية.

٣ - الضرر لا يكون قديمًا:

تفيد هذه القاعدة أن الضرر الحادث لا يحكم باستدامته وبقائه لمجرَّد وجوده في الماضي؛ فلو كان لشخصٍ ميزابٌ على الشارع العمومي، ويلقي هذا الميزاب بمياهه في هذا الشارع، ويتضرَّر الناس من ذلك ويعطِّل انتفاعهم بالمرور في الشارع، فإنه يحقُّ منع هذا الضرر. وكذا لو أطلَّ شخصٌ على الطريق ببروز يضرُّ بالناس ويؤثر في انتفاعهم به ومرورهم فيه، جاز هدمه ولا يستند إلى بقائه مدَّة طريقة في الماضي. ومنه كذلك لو أقام أحد الناس مصنعًا في منطقة، فبنى الناس فيها وتكاثروا حول المصنع وازدحمت المنطقة بهم، وأصبح وجود المصنع في هذه المنطقة يهدِّد الناس في حياتهم وصحتهم ويؤثر

في أنشطتهم المختلفة، وجَبَ نقلُ المصنع من هذه المنطقة، ولا يلتفت إلى وجوده فيها مدَّة طويلة في الماضي؛ لأن الضرر لا يكون قديمًا.

٤ - الأصل براءة الذمَّة:

مفاد هذه القاعدة وجوب الحكم باعتبار ذمَّة كل شخصٍ بريئةً أي غير مشغولة بحقٍّ آخر، ولا يثبت شغل الذمَّة بحقٍّ من حقوق الله أو العباد إلا بقيام الدليل على ثبوت هذا الحقِّ.

والذمَّة في اللغة بمعنى العهد والأمان، وفي الاصطلاح: وصف يصير به الإنسان أهلًا لما له وما عليه.

ومن تطبيقات هذه المادة أنه إذا ادَّعى أحدٌ على آخر إتلاف مالٍ من أمواله وجب على المدَّعي تقديم البيِّنة على ما يدعيه؛ لأن ذمَّة المدَّعى عليه بريئةٌ ولا تشغل إلا إذا ثبت شغلها بدليل، وهذا معنى قوله ﷺ: «البيِّنة على المدَّعي واليمين على من أنكر». ويُعرف المدَّعي بأنه مَنْ يطلب خلاف الظاهر وخلاف الأصل، وهذا الأصل هو أن ذمَّة المدَّعى عليه بريئةٌ مما يطلبه المدَّعي.

٥ - ما ثبت بزمانٍ يُحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل:

تفيد هذه القاعدة ما تفيده قاعدة «الأصل إبقاء ما كان على ما كان»، وتدلُّ على نوعي الاستصحاب اللذين دلَّت عليهما هذه القاعدة، ومعناها أن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليلٌ على خلافه، والشيء الثابت في الحال يحكم أيضًا ببقائه في الماضي ما لم يثبت خلافه بدليلٍ معتبر، وتوضِّح بعض القواعد مفهوم هذا الدليل المعتبر، من بينها:

(أ) لا عبرة للتوهُّم:

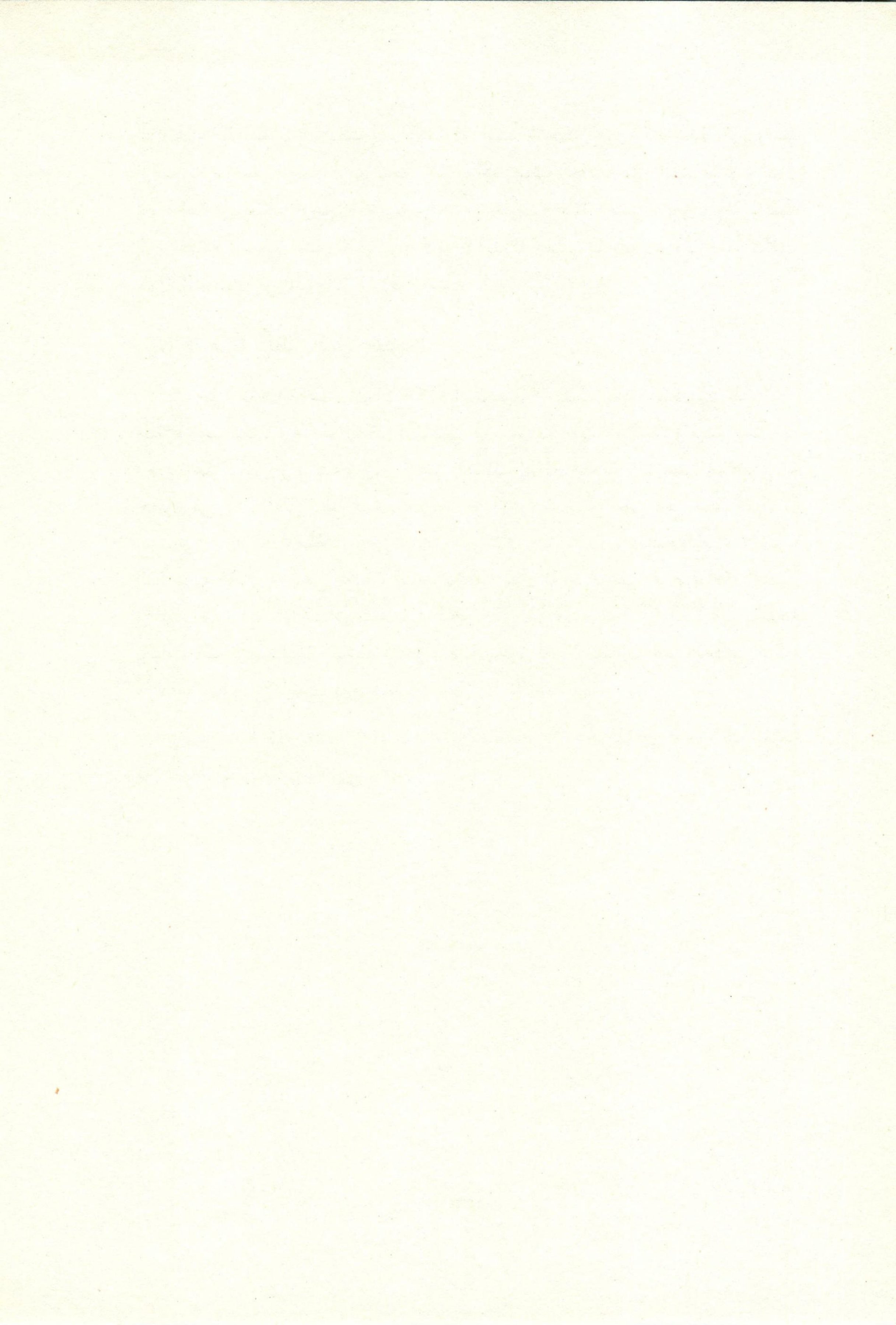
مفاد هذه القاعدة أنه لا يثبت حكم شرعيٌّ استنادًا إلى وهمٍ عارضٍ؛ ولذا يُحكم بتأخير الشفعة في حقِّ الجار الذي طلبها انتظارًا لحضورِ الجار الآخر

الغائب، لاحتمال أن يطلبها. وكذا لو أنشأ شخصٌ مزرعةً للنحل في وسط أرضه بعيدة عن العمران لم يحق لأحدٍ أن يطالبه بوقف هذا النشاط لاحتمال إيذاء المحل للناس وهجرة خليته وهجومه عليهم؛ لأنه احتمالٌ بعيد. ولا يلتفت إلى شهادة الصبي الذي لا يميز؛ لأنه لا يدرك معنى ما يقول، ولا يعبأ كذلك بقول المجنون في الشهادة والإقرارات.

(ب) لا عبرة بالظنِّ البيِّن خطؤه:

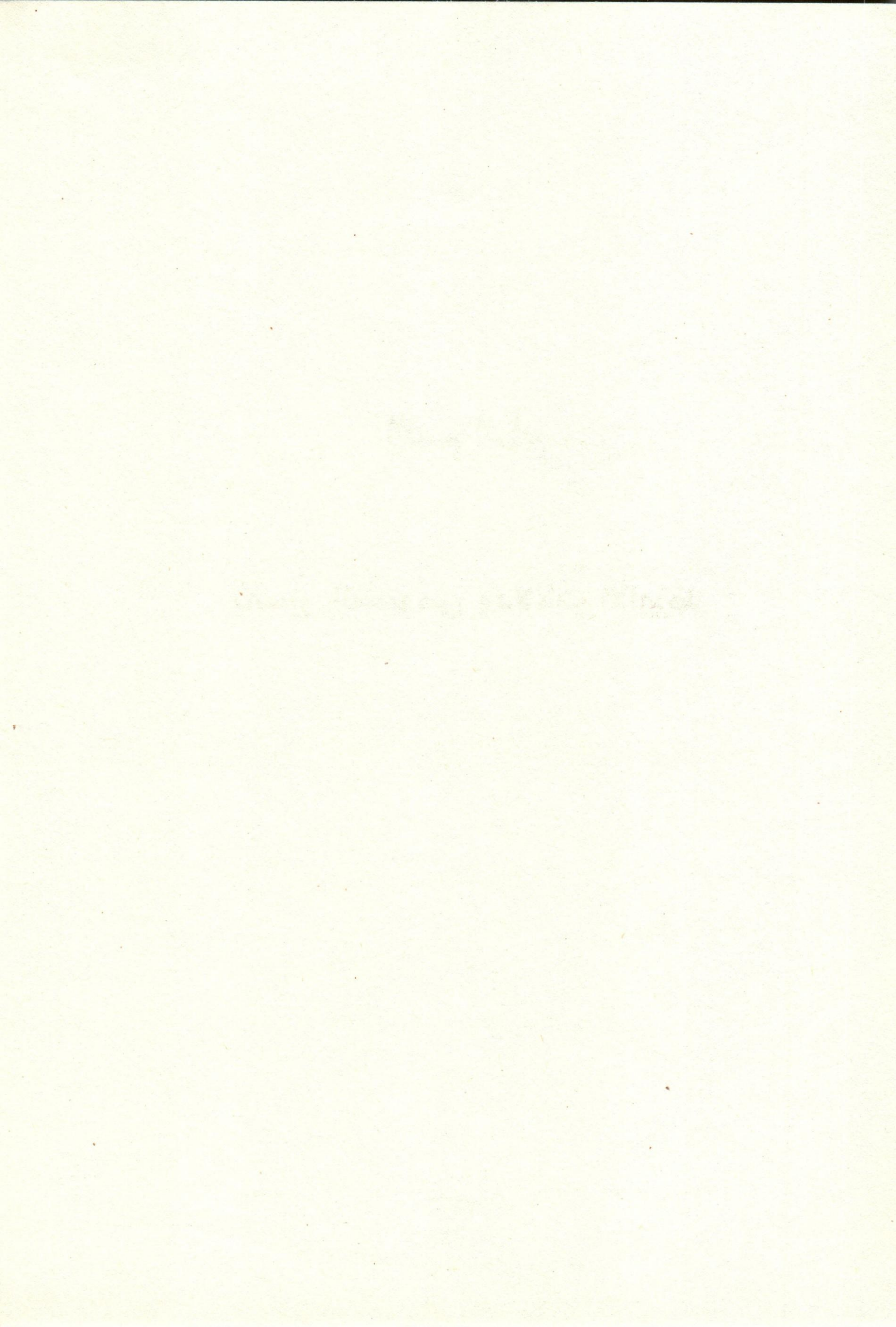
معنى هذه القاعدة أن الأحكام الشرعية لا تثبت بالاستناد إلى ظنٍّ تبيَّن خطؤه فيما بعد. ولذا لو حكم القاضي في أمر ثم ظهر له خطؤه فيما قضى به وجب عليه الرجوع عنه، ولو أفطر الصائم ظانًّا غروب الشمس ثم تبيَّن له خطؤه في هذا الظنِّ بطل صومُه. وكذا لو ادَّعى شخصٌ على آخر مالًا فقال له المدَّعى عليه: إن حلفتَ على أنني مدينٌ لك بهذا المال دفعته إليك، وحلف المدَّعي، فظنَّ المدَّعى عليه وجوب دفعه المال له بناءً على عرضه أداء اليمين وأدائه له، وأعطاه المال بالفعل، لكن تبيَّن له فيما بعد أن المدَّعي يكلَّف بإثبات الدعوى بالبيِّنة المثبتة للحقِّ، فإنه يجوز له أن يطالب هذا المدَّعي بأداء ما دفعه إليه، ولا يثبت دين هذا المدَّعي إلا بإقامة البيِّنة.

ومن هذا كلِّه يتضح ثراء قاعدة الاستصحاب ودخولها في مجالاتٍ عديدة من مجالات التفكير الفقهي.



القسم الرابع

تفسير النصوص ودلالات الألفاظ

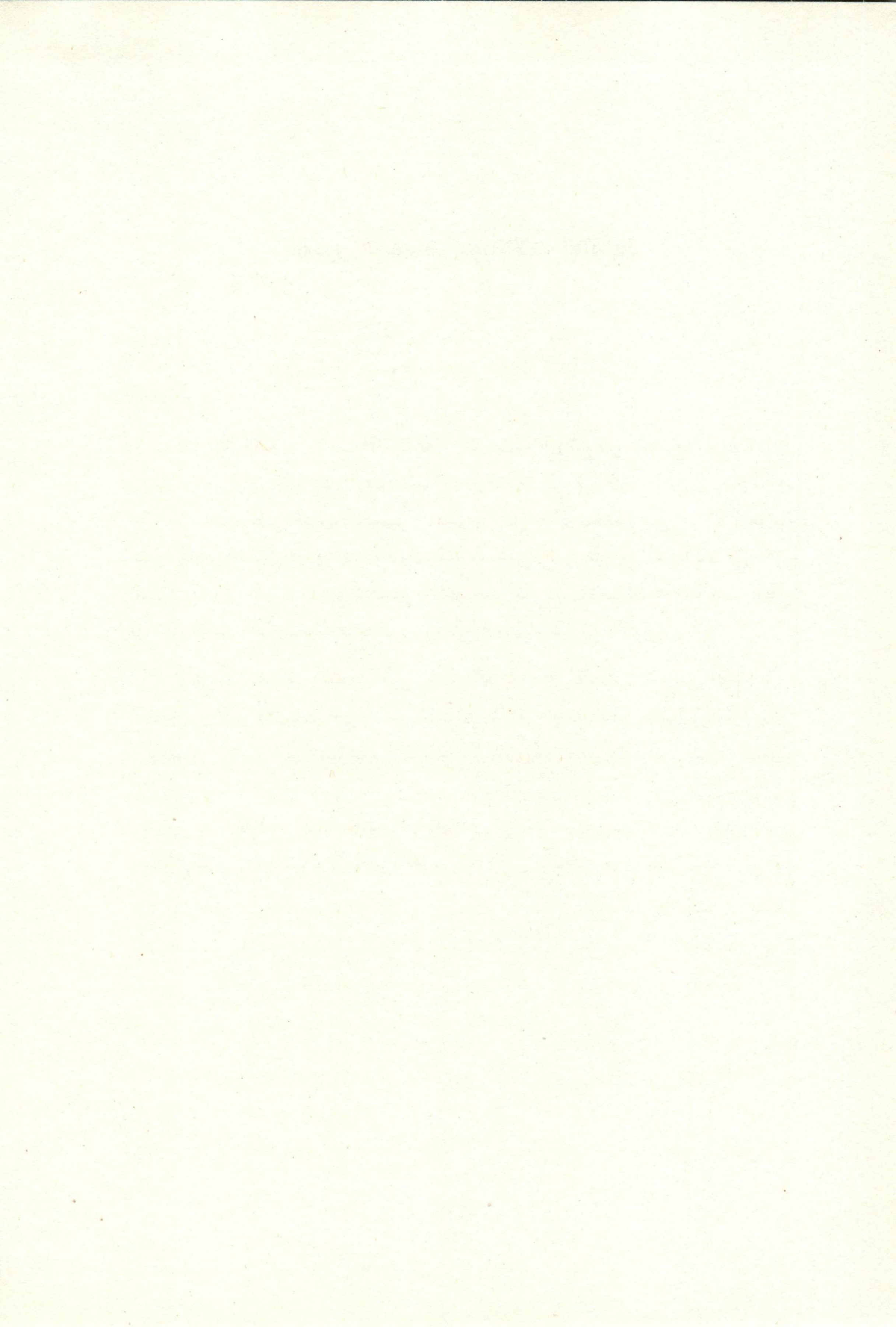


تفسير النصوص ودلالات الألفاظ

تمهيد

يلزم التأكيد من أول الأمر على أن تفسير النصوص التشريعية هو الذي يحمل النصوص ذاتها إلى أرض الواقع، ليكسبها القوة اللازمة للتطبيق والإلزام. وقد صدرت بعض قوانين تفسير النصوص في عددٍ محدودٍ من البلاد العربية على نحوٍ يتطابق مع قواعد أصول الفقه، على حين ترجع المحاكم في أكثر البلاد العربية إلى قواعد التفسير الأصولية على نحوٍ مباشر، وهو ما يعطي قواعد التفسير الأصولية أهميةً محوريةً في العمل القانوني العربي.

ولا تبعد قواعد التفسير التي جرى تطويرها في القانون العرفي الإنجليزي المعاصر عن نظيرتها في أصول الفقه. ويتفق النظامان الأنجلوسكسوني والأصولي على تنوُّع قواعد التفسير إلى لغوية تتعلَّق بوسائل ضبط معاني الألفاظ والدلالات، وغير لغوية تدور بوجه أساسيٍّ حول المقاصد والمآلات. وسيضمُّ هذا الباب أربعة فصول: أولها في بيان المقدمات اللازمة، على حين يختصُّ الثاني والثالث بالقواعد اللغوية، والأخير بالمقاصد والمآلات.



الفصل الأول

مقدمات عامَّة ومنهجيَّة التناول

(١) تقديم:

لم يكن لدى العرب نظامٌ قانونيٌّ يقتضي تطوير قواعد لتفسيره، بل كان استنادهم إلى العرف الذي يعتمد تفسيره على ما يراه المحكِّم في الخصومة أو النزاع. ولم تتطور قواعد التفسير لدى الرومان أو عند اليهود. وظلَّ الحال كذلك في العصور الوسطى.

واختلف الأمر في النظام القانوني الإسلامي؛ إذ عُني علماء أصول الفقه منذ فترة باكرة في تطوير نظامهم القانوني باستخلاص قواعد التفسير التي تحكم عمل الفقيه في فهم النصوص الشرعية، وأفردوها في قسمٍ كبير من مؤلفاتهم الأصولية، بعنوان: «**دلالات الألفاظ**». وميزوا في صياغتهم لهذه القواعد بين ما يرجع منها إلى اللغة وما يرجع إلى غيرها من مبادئ ومصالح. وترجع عنايتهم هذه إلى أن نصوص القرآن الكريم والسُّنة النبوية هي مصدر الأحكام الشرعية، ويحتاج الفقيه في تطبيق هذه الأحكام إلى فهم هذه النصوص فهمًا صحيحًا يكشف عن معناها ومقصودها، ويوضِّح ما قد يعتريها من خفاء، ويزيل ما قد يظهر من تعارضٍ فيما بينها.

ويكشف تطوير قواعد التفسير عن مدى انضباط النظام القانوني الإسلامي، واتساقه وموضوعيته. وبرهنت هذه القواعد على أهميتها في التطبيق العملي؛ إذ الأمر بالتأكيد أنه لا غنى لأيِّ نظام قانونيٍّ ناضج في التطبيق عن

اكتمال قواعد تفسير نصوصه. وتعمل هذه القواعد لضبط معاني النصوص الواضحة الدلالة والخفيَّة الدلالة كذلك.

وتتفق قواعد تفسير النصوص الشرعية مع قواعد تفسير النصوص القانونية في أن الهدف منها جميعها هو معرفة مراد النصوص والمقصود منها. ولذا يفتقر الفقيه إلى معرفة معاني الكلمات وأساليب التركيب وطرق التعبير الخاصَّة بلغة هذه النصوص. غير أن الأصولي يلزمه ألَّا يتناول بالبحث والتنقيب القواعد اللغوية العامَّة، وأن يترك بحث ما له طابع لغويٌّ عامٌّ إلى العلوم اللغوية المختلفة، كالمعاجم والنحو والصرف والبلاغة حتى يتفرغ لبحث ما له اختصاص بأسلوب الشارع في التعبير عن الأحكام الشرعية، مما لا يستغني عنه الفقيه في التعرف إلى هذه الأحكام وفهمها.

وقد عاب الشاطبي على بعض الأصوليين الاستطراد إلى تناول بعض القواعد التي تدخل في عمل اللغوي أكثر من دخولها في عمل الأصولي، مثل دلالات الحروف: (من، إلى، حتى، اللام)، وتحديد معانيها. وتكْمُن قيمة ملاحظة الشاطبي هذه في ضرورة وعي الأصولي بطبيعة عمله في النظر إلى القواعد الخاصَّة بتفسير النصوص الشرعية دون استطرادٍ إلى بحث القواعد اللغوية التي يحتاج إليها الفقيه يقينًا في فهم النصوص الشرعية، ولكنها لطبيعتها اللغوية العامَّة قد دخلت في العلوم اللغوية المتخصِّصة في بحث هذه القواعد.

وعلى سبيل المثال، فإن معرفة الفاعل والمفعول والفرق بينهما من حيث المعنى أمرٌ لا غنى عنه في فهم النص الشرعي أو أي نصٍّ آخر، وإن لم يدخل ذلك في عمل الأصولي. ويلزم مع هذا أن نفهم بعض هذه الاستطرادات اللغوية التي حوتها كتب أصول الفقه على ضوء ضرورة التسليم باستمداد العلوم من بعضها.

ويتَّسم المنهج الأصولي في تفسير النصوص باتساق المنطق الذي يحكم قواعده، وموضوعية هذه القواعد التي تطورت عبر القرون للوصول إلى هدفٍ واضحٍ، هو تجلية غوامض النصوص، وإعمال دلالاتها وما تتضمَّنه على سبيل العبارةِ أو الإشارة أو الإيماء أو الاقتضاء.

ورغم أن قواعد التفسير الأصولية قواعدُ لغوية أو غير لغوية بالنظر إلى طبيعتها التي تميزها، فإنها تكتسب وصفَ الشرعية بالنظر إلى مجال عملها الذي تطورت في إطاره، وهو فهم النصوص الشرعية. ويجب تحديد المقصود بالنصوص الشرعية التي تعمل هذه القواعد لفهم مضامينها ومفاهيمها، وهي تلك النصوص الموحى بها قرآنًا أو سُنَّة، مما يتعلَّق منها بضبط العلاقات القانونية والأخلاقية للفرد والمجتمع في هذه الحياة الدنيا. أما ما يتعلَّق بأمور العقيدة وشؤون الآخرة مما يخاطب الوجدان والقلب، فلا طاقة لهذه القواعد على تجلية إيماءاتها ومغاليقها، والأمر فيها على التسليم بمعانيها المجملة.

وعلى الرغم من هذا العمق الذي تتَّسم به المعالجة الأصولية لهذه القواعد المتعلِّقة بتفسير النصوص، فإنه يغلب الإحساس بتعقُّد تناولها في كتب الأصول المألوفة، حتى ليصعب على القارئ غير المتخصِّص استخلاص منهجٍ شاملٍ عمليٍّ يستخدمه في تفسير النصوص الشرعية، ويعينه على الاقتراب من هذه النصوص.

ويبدو لي أن **تعقُّد التناول الأصولي لمباحث دلالات الألفاظ** إنما قد حدث للأسباب التالية:

أ - التركيز على القواعد اللغوية، والاستطراد منها إلى بعض الأمور اللغوية العامَّة، كقضايا الأصل التاريخي للوضع اللغوي.

ب - إغفال القواعد غير اللغوية البالغة الأهمية في تفسير النصوص الشرعية، مثل دور مقاصد التشريع والقواعد الكليَّة في هذا التفسير.

ج - التركيز على المسائل الخلافية بين الأحناف والمتكلِّمين، كقضايا العموم والخصوص وحجيَّة العام ومفهوم التخصيص وعموم المشترك والمجاز والمفهوم، وما إلى ذلك من قضايا تشتِّت الانتباه إلى القواعد التي تشكِّل المنهج الكامل الشامل في تفسير النصوص.

د - اتباع الأسلوب الجدلي في الانتصار للرأي، وسرد حجج المخالفين والرد عليها. وهو الأسلوب الذي يشيع في الكتابات الأصولية، وينقلنا إلى

أجواء المناظرات التي كانت تدور بين العلماء، حتى لكأننا في مسرحٍ حقيقيٍّ نسمع فيه الرأي والرأي المخالف وحجَّةَ كل فريق.

وسأحاول تجنُّب هذا كله، وأخذ النَّفْس بالتركيز على القواعد اللغوية المفيدة من الوجهة العملية في تفسير النصوص الشرعية، وموازنة الجانب اللغوي بغيره، في إطار منهجٍ شاملٍ حاوله الفقهاء والأصوليون، وإن لم يتناولوه في مؤلفاتهم الأصولية بقَدر كافٍ من الوضوح.

ويتحقَّق هذا الوضوح بالتفريق بين مجموعتين من القواعد: الأولى القواعد اللغوية التي تُستخدم في تفسير النصوص الواضحة الدلالة التي لا تفتقر إلى جهدٍ كبيرٍ في إدراك معناها، وتلك التي تخفى دلالاتها؛ **والأخرى** القواعد غير اللغوية التي يتعيَّن الرجوع إليها كذلك لأهميتها في تحديد معاني النصوص، وضبط العمل الفقهي والقضائي، وإحكام هذا العمل بردِّه إلى قواعد موضوعية هي التي تدلُّ على جوهر النظام القانوني الإسلامي في سعيه الدائب إلى الانضباط والإحكام.

ومن جهةٍ أخرى، يلزم إدراك استمرار الأهمية العملية لهذه القواعد التي صاغها هؤلاء الأصوليون في تفسير النصوص الشرعية والقانونية بوجهٍ عامٍّ؛ ذلك أن القواعد والضوابط التي قرَّرها هؤلاء العلماء في دلالة العامِّ وعلاقته بالخاصِّ، وفي صرف اللفظ إلى الحقيقة أو المجاز، وفي دلالة الأمر والنهي والمطلق والمقيَّد؛ تفيد في فهم معاني النصوص الشرعية مثلما تفيد في فهم النصوص القانونية، ولا غنى لطالب الفقه أو القانون عن استيعاب هذه القواعد ومدارستها حتى يتسنَّى له التصدِّي للنصوص القانونية لتفسيرها واستبطان معانيها.

ويكشف عن أهمية هذه القواعد اشتمالُ برامج التدريس للقانون الإنجليزي في الكليات المختلفة على مقرر دراسيٍّ كامل في تفسير النصوص، كما يكشف عن أهميتها ضبطُ بعض النُّظم القانونية لها في قوانين تصدر بها. من ذلك أنه قد صدر في إنجلترا عام (١٩٨٩م) قانون تفسير النصوص (Interpretation Act) متضمنًا تحديد معاني التفسير (Interpretation Measure) لإضافة عددٍ من المفاهيم ولتحديد معاني بعض العبارات التي رُئِيَ النصُّ عليها.

ولعلَّ في هذا ما يؤكِّد أهمية الالتفات إلى قواعد تفسير قواعد النصوص التي سبق الأصوليون إلى تحديدها ووضعها، وإلى أن لهذه الأهمية أسبابها النظرية ووظائفها العملية كذلك.

(٢) التفسير والتأويل:

التفسير مصدر الفعل الثلاثي: فسر، بمعنى الكشف والظهور والبيان، يقال: أسفر الصبح، أي أضاء جليًّا واضحًا. وفي التفسير نوع مبالغة في كشفٍ لا يغادر شبهة. ويعني في الاصطلاح الأصولي: الوقوف على المعنى المراد من النصِّ الشرعيِّ، وذلك بتطبيق قواعد لغوية أو غير لغوية ينبني عليها تحديد هذا المعنى. ويُسمَّى الكلام مفسرًا ومبينًا إذا انكشف المراد من الأصل، كما «يقع على المشترك والمشكل والمجمل الذي صار المراد منه معلومًا بعد انقطاع الاحتمال وارتفاع الإشكال»[١].

أما التأويل فهو مصدر الفعل آل يؤول، وأولت الشيء، أي: صرفته ورجعته[٢]. ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱبْتِغَآءَ تَأْوِيلِهِۦ﴾ [آل عمران: ٧]، أي طلب ما يؤول إليه معناه، بالرجوع إلى معنًى أوضحَ من المعنى الظاهر. والتأويل هو التفسير، وإن جرى التفريق بينهما باختصاص التفسير بالوصول إلى المعنى الظاهر، على حين يرجع التأويل إلى الانصراف عن المعنى الظاهر المتبادر إلى غيره، اعتمادًا على الأدلَّة والقرائن التي توجب هذا الانصراف، مما قد يثير خلافًا في الفهم. من ذلك ما يروى من قوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذنِ وليِّها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلَّ من فرجها»؛ إذ يحمله الأحناف على الصغيرة وغير الرشيدة، على حين يأخذ غيرهم بالمعنى الظاهر المتبادر من لفظ «أيما امرأة»، ولا يجيزون للبالغة الكاملة الأهليَّة تزويج نفسها[٣].

---

(١) ميزان الأصول في نتائج العقول لعلاء الدين السمرقندي، تحقيق: محمد زكي عبد البر، (١٩٨٤م)، (١/ ١٥٣).

(٢) تيسير التحرير لأمير بادشاه (١/ ١٣٧).

(٣) التقرير والتحبير لابن أمير حاج (١/ ١٤٧). وانظر: التحبير شرح التحرير في =

ولا يقتصر عمل قواعد التفسير على إزالة خفاء معاني النصوص غير الواضحة لاشتراك لفظ، أو إجمال معنى، بل يتسع لضبط معاني النصوص الواضحة للاتفاق على معناها بالرجوع إلى قواعد موضوعية تبعد الاختلاف حولها. وليس الأمر كما يرى البعض من قصر التفسير على النصوص غير الواضحة الدلالة.

(٣) أنواع التفسير:

وإذا اتضح هذا، فإن أنواع التفسير ثلاثة:

أولها: التفسير القضائي الذي يتجه إلى تحديد معنى النصِّ التشريعيِّ الملائم للحكم في الحالة المنظورة وفهم المقصود من تشريعه بمعونة القرائن والأدلَّة المعتبرة الأخرى. وعليه، فإن التفسير الذي يقوم به القاضي تفسير عمليٌّ يهدف إلى فهم النصوص باتباع وسائل لغوية وغيرها لتطبيق مقصود الشارع؛ إذ وجب في المسألة المشتركة - على سبيل التوضيح - استدعاء النصوص المتعلِّقة بميراث الزوج والأُم والإخوة لأُم والإخوة الوارثين بالتعصيب. غير أن الإخوة الأشقاء قد لفتوا النظر في دفاعهم البالغ الجرأة والعفوية: «هَبْ أن أبانا كان حمارًا أو حجرًا ملقى في اليمِّ، ألسنا من أُمٍّ واحدة؟» إلى وجوب ضمِّ مقصود الشرع في العدل والمساواة للحصول على حقِّهم في الميراث، وهو ما أقنع القاضي الرفيع القدر (عمر) في الحكم باشتراكهم في ثلث الإخوة لأُم. وقد اعترض الإخوة لأُم على الحكم بالتشريك بالإشارة إلى السوابق التي حكم فيها عمر بإعطاء الثلث كله للإخوة لأُم وحدهم، دون الأشقاء، وهو ما رفضه عمر بقوله: «ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي». ويتميَّز عمل القاضي في التفسير باستجلاء مقصود النصوص ومنطوقها ومفهومها للوصول إلى الحكم في النزاعات العملية المعروضة عليه.

وتتولَّى المحكمة الدستورية العليا في مصر تفسير القوانين الصادرة بالإضافة إلى دورها في مراجعة دستورية القوانين؛ إذ نصَّت المادة السادسة

= أصول الفقه لعلاء الدين المرداوي، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، الرياض، (٢٠٠٠م)، (٤٨٢٨/٦).

والعشرون من قانون رقم (٤٨) لسنة (٧٩) أن على المحكمة الدستورية أن تتولَّى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية، وذلك إذا أثارت اختلافًا في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها. وإنما يقدِّم وزير العدل طلب تفسير النص القانوني، بناءً على طلبٍ من رئيس مجلس الشعب أو مجلس الوزراء، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. وعليه أن يبيِّن في طلبه النصَّ المطلوب تفسيره وأهميته، ومدى ما أثاره من خلاف. ويكتسب التفسير الصادر من هذه المحكمة صفة الإلزام.

ويجدر أن أشير إلى اتفاقي التامِّ مع محمود صبرة فيما يراه من وجوب التزام القاضي في الدول العربية بالقواعد الأصولية في التفسير، بحكم أن الشريعة الإسلامية مصدرٌ من مصادر التشريع، وأنه ليس للقاضي الخروج في تفسيره على القصدِ من التشريع[٤]. ويستجلي القضاء المصري معاني النصوص من ألفاظها وأوجه دلالاتها، ويستهدي بمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدل، وبالسوابق التي قررتها المحاكم العليا[٥].

والثاني: التفسير التشريعي الذي قد يوضِّحه في النظام القانوني الإسلامي الدورُ الذي تقوم به السُّنة في تخصيص عموم القرآن وتقييد مطلقه وبيان مجمله طبقًا لما سلفت الإشارة إليه. ويمكن تعريف التفسير التشريعي بأنه البيان الذي تصدره السلطة التشريعية لتوضيح معاني الألفاظ والجمل التي قد تثير خلافًا في فهمها عند التطبيق، سواء جاء هذا البيان لاحقًا للقانون ومنفصلًا عنه أو في صدره ومقدمته، مما هو مألوف في النظام الأنجلو-سكسوني[٦].

والثالث والأخير: التفسير الفقهي الذي ركَّز عليه الأصوليون، ومعناه العمل على استجلاء النصوص الشرعية لتنزيلها على الواقع واستنباط الأحكام

---

(٤) محمود محمد علي صبرة، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، المجموعة الدولية للتدريب، (٢٠١٩م)، ص٣٢.

(٥) نفسه، ص٥٤.

(٦) رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٨م)، ص٩٩ وما بعدها.

فيما سكتت عنه هذه النصوص. ويهدف هذا النوع من التفسير إلى توضيح معاني النصوص الشرعية، والكشف عن دلالاتها على الأحكام، مما عساه أن يساعد القضاة والمشرعين في عملهم. ولا يخفى الدور الذي قدَّمه الفقه منذ عصر الصحابة وأئمَّة المذاهب في ترشيد عمل القضاة والمشتغلين بالعمل القانوني؛ إذ يكفي الالتفات إلى كتاب «**الخراج**» لأبي يوسف في توجيهه النُّصح للخليفة هارون الرشيد فيما يلزمه عمله في كثيرٍ من القضايا الخلافية المثارة، ومن بينها معاملة المسجونين. وقد كان يجري اختبار كفاءة المتقدِّمين لشغل منصب القاضي بقياس مدى إحاطتهم بمضمون كتاب «**الجامع الصغير**» لمحمد بن الحسن الشيباني، ثم كتاب «**مختصر القدوري**» فيما بعد.

وتدلُّ دراسة وثائق المحاكم على إفادة القضاة من عمل الفقهاء، مما تدلُّ عليه الوثائق المتعلِّقة بالقسامة وإيجاب الدية وإثبات العمدية في القتل باستخدام الآلة القاتلة. غير أن التفسير الفقهي غير ملزم؛ ولهذا نجد مخالفة القاضي للراجح في المذهب الحنفي في إيجاب الدية بالقتل تسببًا، كما في قضية قتل إسماعيل الدفنة العامل بوابور الدقيق بالإسكندرية الذي فتح عليه القاتل صنبور ماء ساخن، دون إدراكٍ لوجود القتيل في الخزان المندفع إليه الماء. وقد أوجب القاضي الدية على خلاف المذهب الحنفي في القتل بالتسبُّب[(٧)].

ولا تخلو معظم الأحكام القضائية من التأثُّر بالنظر الفقهي في القديم أو الحديث، كما أن التفسير القضائي ذو أثر كبير في النظر الفقهي، طبقًا لما تقدَّم. وقد أشرت فيما سبق إلى أن الشعبي كان أحفظَ الناس لقضايا عمر وعليٍّ. ويتَّسم التفسير الفقهي في أهم ما يميزه بالطابع النظري العلمي التحليلي الذي قد يرشد العمل القضائي، ويلزمه إذا كان محلَّ إجماع[(٨)]. ويدلُّ هذا على دور التفسير الفقهي في النظام القانوني الإسلامي[(٩)].

---

(٧) أنور سالم عبده علي، جريمة الاعتداء على النفس في سجلات المحاكم المصرية (١٨٥٤-١٨٨٩م)، رسالة دكتوراه من كلية دار العلوم جامعة القاهرة، (٢٠١٩م)، ص١٧٥ وما بعدها.

(٨) محمد سليم العوا، تفسير النصوص الجنائية: دراسة مقارنة، عكاظ للنشر والتوزيع، (١٩٨١م)، ص٦٢.

(٩) رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، ص١١٧ وما بعدها.

(٤) مذاهب التفسير:

يتَّجه الفقهاء والأصوليون مذاهبَ متباينةً في تحديد قواعد التفسير على نحوٍ يمكن فيه التمييز بين اتجاهين: أحدهما الاتجاه إلى التضييق في التفسير بالوقوف على المعنى الظاهر، باستعمال الوسائل اللغوية مما قد يمثله الظاهرية. والآخر الاتجاه إلى التوسُّع في التفسير بالنظر إلى المقاصد والأقيسة والأعراف وأسباب النزول. ويفترق هؤلاء الأخيرون في تصنيفهم للقواعد التفسيرية إلى فريقي الأحناف والمتكلِّمين، حسبما سنشير إلى بعض مواطن الخلاف بين الفريقين فيما يلي.

ووظيفة هذه القواعد التفسيرية عند هذين الفريقين هي الكشف عن معاني النصوص الشرعية التي قد تخفى دلالتها لأيٍّ من أسباب الخفاء المعهودة في النصوص التشريعية، سواء جاء هذا الخفاء من جهة الإجمال، أو التعبير بالمجاز، أو الكناية، أو احتمال التخصيص للعام، أو التقييد للمطلق، وما إلى ذلك. أما النصُّ الواضح الدلالة فلا يحتاج إلى اجتهادٍ مماثلٍ في تفسيره، وإن افتقر هو الآخر لإعمال قواعد التفسير اللغوية وغيرها لضبط معناه. وقد يرى البعض قصر الحاجة إلى التفسير على خفيِّ الدلالة من النصوص[١٠]؛ لإزالة غموضها، دون ما تتضح دلالته منها، بظنِّ وضوح معناها بنفسها.

غير أن مسلك الأصوليين في صياغة قواعد التفسير يكشف عن توجههم لإعمال هذه القواعد في كلٍّ من واضح الدلالة وخفيها؛ وذلك لأن واضح الدلالة ظاهر المعنى في قصد المتكلِّم وفي مدلوله اللغوي، وإن احتمل صرفه عن ذلك بقرائن معتبرة يلزم التدقيق فيها لفهم أثرها في المعنى الظاهر المتبادر. وتقع هذه القواعد كذلك «على المشترك والمشكل والمجمل الذي صار المراد منه معلومًا بعد انقطاع الاحتمال وارتفاع الإشكال»[١١].

---

(١٠) محمود محمد علي صبرة، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، ص٩.

(١١) ميزان الأصول في نتائج العقول لعلاء الدين السمرقندي (١/ ٣٥١).

(٥) المقصود بالنص التشريعي:

يعني النص في اللغة الارتفاعَ والظهور؛ فوضِع على المنصَّة أي على غاية الشهرة والظهور، والمنصَّة ما تظهر عليه العروس لتُرى[١٢]. والنص التشريعي موضوع التفسير هو الكلام المفهوم المعنى الدال على حكمٍ شرعيٍّ. ويتناول النص بهذا الإطلاق دلالة منطوقه ومفهومه، مما لا يتطرق إليه احتمال أصلًا، أو لا يتطرق إليه احتمال مقبول يعضده دليل. ويفتقر النص التشريعي إلى تحديد معناه بالاستناد إلى قواعد التفسير المقبولة، سواء كان النصُّ واضحَ الدلالة أو خفيها؛ لاختلاف الأفهام والخبرات والقدرات العقلية، ولخطورة الأحكام المستندة إلى فهم النصِّ وتفسيره على مصالح الناس وأموالهم وحياتهم.

ولذا مسَّت الحاجة إلى صياغة قواعد يُتَّفق عليها ويُستَند إليها في الكشف عن معاني النصوص ومقصود الشارع منها لتطبيقها في الواقع. ومع ذلك، فإن القاعدة المقبولة في الشرع والقانون أنه لا يجوز التذرع بالتفسير لفرضِ معانٍ لا يحتملها النصُّ الواضح الدلالة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا محلَّ للاجتهاد عند صراحة النصِّ الواجب تطبيقه، كما قضت هذه المحكمة أيضًا بأن القاعدة العامَّة أنه متى كانت عبارة القانون واضحةً لا لبس فيها، فإن الواجب أن تُعَدَّ تعبيرًا صحيحًا عن إرادة الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير والتأويل أيًّا كان الباعث على ذلك[١٣].

وقد تعني كلمة: «نص» اللفظ الذي لا يحتمل إلا معنًى واحدًا معينًا؛ لأن النصَّ يعني التعيين والتحديد، ولن يفيد تفسيره بهذا المعنى سوى الإشارة إلى هذا المعنى المحدَّد. ويشيع إطلاق النصِّ على معنى اللفظ مفردًا أو جملةً مثل: نص أدبي أو فقهي أو شرعي أو قانوني أو نص العقد أو المعاهدة، مما يحتاج إلى تفسيره لتعيين معناه المقصود من بين المعاني التي يحتملها.

---

(١٢) لسان العرب لابن منظور، مادة (نصص).

(١٣) رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية: دراسة مقارنة، ص٤٣.

وعليه، فإن المقصود من تفسير النصوص الشرعية هو الكشف عن المعنى الذي أراده الشارع بإعطاء الكلمات والتراكيب معانيها اللغوية المحدَّدة لها في البيئة التي صدرت فيها هذه النصوص، وذلك بتحديد معاني الألفاظ (مفردة أو مركَّبة) الواردة في آيات الأحكام وأحاديثها، باتباع قواعد محدَّدة، بغية استخراج الحكم الشرعي واستنباطه منها. وقد تفيد بعض هذه القواعد في تفسير النصوص الفقهية والقانونية، وفي تفسير نصوص التعاقدات والمعاهدات، مما يكسب هذه القواعد التفسيرية أهمية إضافية.

(٦) التصنيف:

احتوت كتب الفقه والأصول على كثيرٍ من القواعد التفسيرية، وإن لم تجمعها على صعيدٍ واحد، أو في إطارٍ موحَّد، مما يضيف الكثير من الصعوبات في الإحاطة بها، واستخدامها، على الرغم من شيوع تطبيقها، وخاصةً في الكتب الكثيرة المعروفة تحت عناوين آيات الأحكام وأحاديث الأحكام.

وقد احتوت **مجلة الأحكام العدلية** الصادرة عام (١٨٧٦م) في بدايتها على كثيرٍ من هذه القواعد، لتيسير عمل القضاة في فهم نصوصها. ولا حاجة إلى الاستطراد في بيان أهمية الاشتغال بهذه القواعد والسعي في تحصيلها، سواء ما يتعلَّق منها بالألفاظ وعلاقاتها، أو بالتراكيب والأساليب؛ فقد شكَّلت هذه القواعد سلطةً أساسيةً في النظر الأصولي، حتى إنه لا ثقة في علم من لم يحط بها إحاطةً كاملةً.

ويشير الجويني إلى أهمية المباحث اللغوية في الأصول ببيانه: «أن معظم الكلام في الأصول يتعلَّق بالألفاظ والمعاني»[١٤]. وهذا ما يؤكِّده الغزالي أيضًا بقوله: «اعلم أن هذا القطب هو عمدة علم الأصول؛ لأنه ميدان سعي المجتهدين في اقتباس الأحكام من أصولها»[١٥].

---

(١٤) البرهان للجويني (١/ ١٦٩).

(١٥) المستصفى للغزالي (١/ ٣١٥).

ولذا عُني الأصوليون باستقراء أساليب بيان القرآن والسُّنة للأحكام، وانتهوا إلى صياغة عددٍ من القواعد اللغوية المفيدة في تحديد المعنى المقصود من النصِّ، انتهوا إلى بحثها تحت عناوين مختلفة باختلاف المعنى الملمح إليه. فالجويني يتناوله تحت عنوان أصلي هو: «**البيان**»، وعنوان فرعي هو: «**القول في اللغات ومأخذها**»[١٦]. والعنوان الأصلي للغزالي هو: «**كيفية استثمار الأحكام من مثمرات الأصول**»[١٧]، أما الفرعي فهو: «**المنظوم وكيفية الاستدلال بالصيغة من حيث اللغة والوضع**»[١٨]. والمنظوم هو الألفاظ المركَّبة، أو الجملة. وقد اختار الآمدي عنوانًا قريبًا من ذلك، وهو: «**دلالات المنظوم**»[١٩]. ويستخدم الرازي عنوانًا شديد العموم، هو: «**في الأحكام الكليَّة للغات**»[٢٠]. أما العنوان الذي اختاره البزدوي فهو: «**وجوه النَّظْم**»، والنظم هو التركيب في الجمل. وهو ما استخدمه البدخشي والإسنوي والبيضاوي[٢١].

ورغم شيوع مصطلح دلالات الألفاظ في المؤلفات الأصولية، فإنه لم يبرز عنوانًا مستقلًّا إلا في العصر الحديث. ومن أهم المؤلفات التي اتخذت هذا العنوان كتاب يعقوب الباحسين الذي جاء في مجلدين كبيرين يقتربان من ألف وثلاثمائة صحيفة.

ويقسم أصوليو الأحناف دلالات الألفاظ تقسيمًا لا يبتعد عنه الأصوليون الآخرون كثيرًا، إلى ما يتعلَّق بدلالة الملفوظ: (**عام، خاص، مشترك**)، والملفوظ ما يتلفظ به من مفردات أو جمل؛ أو باستعماله: (**حقيقة، مجاز**)، أو من جهة الوضوح والخفاء، أو بكيفية الدلالة على المعنى: (**بالعبارة والإشارة والدلالة والاقتضاء**).

---

(١٦) البرهان للجويني (١/ ١٦٩).

(١٧) المستصفى للغزالي (١/ ٣١٥).

(١٨) نفسه (١/ ٣١٧).

(١٩) الإحكام للآمدي (٢/ ١٢٠).

(٢٠) المحصول للرازي (١/ ٥٥).

(٢١) انظر: منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، وشرح البدخشي، ومناهج العقول مع نهاية السول للإسنوي (١/ ٢٢١).

ويلزم إدراك أن هذا التقسيم غير حاصر، ولا يشمل أهمَّ القواعد التفسيرية المتداولة في الفقه والأصول على ما سنرى. والأمر لهذا بحاجةٍ إلى تنقيبٍ كبير.

والأوضح عندي من وجهة ما يحتاج إليه المشرِّع والقاضي والفقيه في العمل واستثمار الحكم أن نفكِّر في تقسيمٍ أكثر تماسكًا من الناحية المنطقية، وذلك بالتفريق بين طريقتين للتفسير: **أولاهما** الطريقة اللغوية التي تعتمد على تدبُّر منطوق النصِّ ومفهومه، **والأخرى** الطريقة غير اللغوية التي تعتمد على تدبُّر مقصود المشرِّع والقواعد الكليَّة التي نصَّ عليها أو استُنبطت من نصوصه.

وتشمل الطريقة الأولى التي أولاها الأصوليون جلَّ عنايتهم ما يلي:

أ - **المنطوق الصريح** الذي يشمل كلًّا من: الحقيقة والمجاز والصريح والكناية، والعام والخاص بما يندرج فيه كلٌّ من الإطلاق والتقييد والأمر والنهي، فضلًا عمَّا هو من قبيل واضح الدلالة أو خفيها الذي يشمل كلًّا من الظاهر والنص، والمفسر والمحكم والمجمل وغيره.

ب - **المنطوق غير الصريح** الذي يدلُّ على الحكم بطريق الالتزام، سواء كان بطريق الاقتضاء أو الإيماء أو الإشارة.

ج - **المفهوم**، بما يشمل كلًّا من مفهوم الموافقة والمخالفة الذي قد يتعلَّق بمفهوم الصفة والشرط والغاية والعدد واللقب والحصر.

أما الطرق الأخرى غير اللغوية، فتشمل التفسير بالاعتماد على مقاصد الشريعة والقواعد الكليَّة المنصوص عليها أو المستنبطة من النصوص التي قد يكشف عنها العرف والنظر الفقهي وأحكام المحاكم.

(٧) السياق ومقصود الشارع:

من أهم ما أضافته الدراسات الأصولية الحديثة التأكيد على دور السياق في تحديد المعنى المقصود من النصِّ. ولا يعني هذا عدم التفات الدرس الأصولي التقليدي إليه؛ إذ يقول ابن القيم على سبيل المثال: «السياق يرشد إلى تبيين المجمل، وتعيين المحتمل، والقطع بعدم احتمال غير المراد،

وتخصيص العام، وتقييد المطلق»[٢٢]. ويشير العز بن عبد السلام إلى هذا المعنى أيضًا بقوله: «السياق مرشد إلى تبيين المجملات، وترجيح المحتملات، وتقرير الواضحات، وكل ذلك بعرف الاستعمال؛ فكلُّ صفةٍ وقعت في سياق المدح كانت مدحًا، وكلُّ صفةٍ وقعت في سياق الذمِّ كانت ذمًّا»[٢٣]. وتتعدَّد الإشارات في مدونات أصول الفقه إلى دور السياق «في بيان المجملات، وتعيين المحتملات، وتنزيل الكلام على المقصود منه»[٢٤]، ولو أن هذا الدور لم يُستثمر في كتب الأصول.

وقد أعادت الدراسات اللغوية الحديثة في علم المعنى اكتشاف الحيوية التي يتمتَّع بها السياق في فهم النصوص وتفسيرها. وأشير بوجه الخصوص إلى الدراسات الشيِّقة التي عقدها المستشرق الياباني الأصل (Iuztsu) حول المصطلحات الدينية والأخلاقية في القرآن. ويتكئ إيزوتسو بوضوح على السياق العام الذي ورد فيه القرآن لفهم هذه المصطلحات التي سكَّها، كي تحمل المفاهيم الجديدة التي أراد زرعها في البيئة العربية المتلقية لنصوصه.

يوضِّحه - على سبيل المثال - مصطلح القصاص؛ إذ أراد القرآن إلغاء مفهوم الثأر القَبَلي، وما يتضمَّنه من جعل قبيلة الجاني هي المسؤولة عن جنايته، وحق قبيلة المجني عليه في الانتقام منها بقتل من يماثله منها في المكانة والوضع الأدبي، حتى مع بعض المبالغة في حساب قيمته الأدبية مع التقليل من شأن الخصوم. وإذ يتحدَّد المفهوم الذي يجب أن يحلَّ محلَّ الثأر، فقد بقي العمل في مرحلةٍ أخرى، وهي مرحلة صياغة المصطلح الذي يجب أن

---

(٢٢) بدائع الفوائد لابن القيم، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ)، (٤/ ١٣١٤).

(٢٣) الإمام في بيان أدلة الأحكام للعز بن عبد السلام، تحقيق: رضوان مختار بن غربية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، (١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م)، ص١٥٩.

(٢٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي، دار الكتب العلمية، (١٩٩١م)، (٢/ ١٣٥). وهو يشير في هذا الموضع إلى أنه لم يَرَ من تعرض لهذه القاعدة المهمَّة في الأصول سوى بعض المتأخرين. انظر أيضًا: إرشاد الفحول الشوكاني، دار الكتاب العربي (١٩٩٩م)، (١/ ٣٩٨)؛ والكافي شرح البزدوي لحسام الدين السغناقي، تحقيق: فخر الدين سيد محمد قانت، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م)، (٢/ ٨٤٧).

يحلَّ محلَّه، مع استعماله في سياقاتٍ توضِّح معناه. وقد وقع الاختيار على كلمة قصاص. وإنما اختيرت من مجالٍ ماديٍّ مثير في البيئة العربية، وهو مجال قصِّ الأثر الذي يعتمد على المماثلة التامَّة في الأثر محل التعقُّب. وقد اعتمد القرآن لتحديد المفهوم القانوني الجديد لهذا المصطلح على كلٍّ من تعريفه، بذكر عددٍ من الأمثلة التوضيحية: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وعلى بيان وظيفته المتمثِّلة في حفظ الحياة: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]. ويتناقض فهم السياق التشريعي للقصاص على هذا النحو مع تغليب الحقِّ الخاصِّ في جرائم القصاص، طبقًا لما آل إليه الأمر في النظر الفقهي؛ إذ يبعد أن يريد الشرع استبدال سلطة الأولياء بسلطة القبيلة.

وقد يدلُّ على أهمية السياق في فهم النصوص النظرُ إلى الآية الخامسة من سورة النساء الآمرة بإعطاء الزوجة مهرها. ذلك أن هذه الآية لا تتوخَّى تحديد من يحقُّ له قبض المهر، بل تتجه إلى بيان مَن يملكه على سبيل النحلة والهبة، وهو المرأة، حتى أجازت لها الآية ذاتها التصرف فيه، ولو بإعادة هبته إلى مَنْ كان وهبه لها من قبل.

وإنما أتى هذا الفهم من إدراك السياق العام الذي نزلت فيه الآية. ويتمثَّل هذا السياق في سيطرة العرف الجاهلي الذي كان يقضي بحقِّ الأب في ملكيَّة مهر ابنته، لقاء تعهُّده لها، بما يجعل المهر ثمنًا للزوجة. وقد أراد الشرع إلغاء هذا العرف، بجعل المهر هبةً رمزيةً، ونحلةً تقبضه الزوجة، ويحقُّ لها التصرف فيه على النحو الذي تريده.

ويدلُّ فهم سياق نصِّ هذه الآية على أنه لا حقَّ في التساؤل عن الحدِّ الأدنى للمهر، وعن شروط صحَّة تسميته، مما يفصح عن دور السياق التشريعي للنصِّ في بيان المجملات وتوضيح المبهمات.

ويؤكِّد إيزوتسو أهمية الرجوع إلى الشعر الجاهلي في التعرف إلى السياقات الاجتماعية التي تحرك بداخلها بناء المصطلحات الأخلاقية والتشريعية التي أقامها القرآن. ويمكن الاستطراد من ذلك إلى ضرورة بحث هذه المصطلحات والألفاظ وأساليب النص القرآني في بيان مفاهيمها عن طريق إقامة شبكةٍ من العلاقات اللغوية المتمثِّلة في الترادف والتضاد والاشتقاق. وقد

سبقت الإشارة إلى أن مصطلح «عدل»، الذي يختزن هذا المفهوم المحوري في النظام الأخلاقي والتشريعي القرآني، قد أتى من كلمة «عِدل» المكسورة العين، والتي تفيد نوعًا من المماثلة المادية بين جانبي رحل البعير. وإذ سوغ التشابه في المماثلة الانتقال بها مما هو مادي (بكسر العين) إلى المعنى المجرَّد (بفتح العين)، فإن القرآن قد وضع هذه الكلمة الجديدة في شبكةٍ من علاقات الترادف والتشابه (قسط، إحسان...) والاشتقاق (يقسط، يعدل...) والتضاد (ظلم، تعدي...) لتوضيح معنى هذا المصطلح الجديد.

وهكذا يجب الالتفات إلى أن المصطلحات والألفاظ التي أدخلها القرآن (مثل: عقد، تراضي، شهادة، وصية، كلالة، إكراه، باطل، فاسد، قصاص، عمد، خطأ) قد شكَّلت مع المفاهيم التي صاغها هذا الإنجاز التشريعي الذي أقام حضارةً ممتدَّة عبر القرون، وضبط العلاقات الداخلية والخارجية للأمَّة الإسلامية، كما يجب الالتفات كذلك إلى أن هذا الإنجاز بجانبيه المصطلحي والمفهومي لن يكتمل فهمه إلا بالنظر في السياقات التي تحرك داخلها أولَ وجوده.

وعلى سبيل المقارنة، فقد طور القانون الإنجليزي قاعدة (The Mischief Rule) لتأكيد دور السياق الذي صدر فيه النص التشريعي لفهمه، وهو ما يتضح من استناد هذه القاعدة لإعمالها على طرح عددٍ من الأسئلة، وهي:

أ - ما الذي كان عليه العرف قبل صدور النص التشريعي؟

ب - ما الضرر الذي كان يحدثه هذا العرف؟

ج - وما العلاج الذي أتى به النص التشريعي؟

د - ثم ما المقصود الحقيقي من هذا العلاج الذي أتى به هذا النص؟

وفضلًا عن ذلك، يمكن النظر إلى دور القضاة والفقهاء في فهم هذا العلاج الذي أتى به النصُّ وأثره في التطبيق[٢٥].

---

(٢٥) Maxwell, 1996, p: (40).

ويحقِّق وضع القاعدة التشريعية في سياقات ورودها فهمَ المقصود منها، والحيوية العملية في علاقتها المستمرة بالواقع. وعلى سبيل التوضيح، فإن قاعدة حق المرأة في تملُّك ناتج عملها وما تتكسَّبه في قوله تعالى: ﴿وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَۚ﴾ [النساء: ٣٢]، لا يمكن فهم مقصودها حقَّ الفهم إلا بمعرفة ما كان عليه العرف الجاهلي، وإدراك قصد الشارع إلى هدمه لإحلال هذا البديل محله، والأبعاد الاجتماعية والاقتصادية لهذه القاعدة البديلة، ومدى فهم الفقهاء والقضاة لهذه الأبعاد في أحكامهم. ويستند كثيرٌ من القضاة المعاصرين في فهمهم للنصوص القانونية إلى مقصود المجالس النيابية، بحسب ما دلَّت عليه المذكرات التفسيرية والتوضيحية.

(٨) قواعد التفسير العامَّة:

اشتملت القواعد والأحكام الفقهية على عددٍ غير قليلٍ من القواعد الفقهية التي لا يمكن تجاهل أهميتها في تفسير النصوص التشريعية والقانونية. وأودُّ التنبيه على بعضها للتنبيه على ضرورة ضمِّها إلى قواعد التفسير الأصولية، استكمالًا للموضوع، وذلك فيما يلي:

أ - **القرآن يفسر بعضه بعضًا**: يلزم معاملة النصوص التشريعية في القرآن عند تفسيرها على أنها كلٌّ لا يتجزَّأ. ولذا فإن الآية التي أرست حقَّ المرأة في تملُّك ناتج عملها وما تتكسَّبه مما يجب أن تضاف إليها الآية التي توجب على الزوج إعطاء الزوجة أجرها مقابل إرضاع ولدهما. ويؤدي الجمع بين النصَّيْن إلى إضفاء مزيدٍ من الوضوح على المقصود الكليِّ منهما معًا، وعلى أن آية سورة الطلاق نوع تمثيل لعموم حقِّ التملُّك الذي أرسته آية النساء. وتبيِّن السُّنة الإجمالَ في التشريع القرآني على ما تقدَّم.

ب - **إعمال الكلام أَوْلَى من إهماله**: هذه قاعدة أساسية، ويجب حملها على معنى أنه إذا كانت هناك تفسيراتٌ مختلفة لزم ترجيح ما يحقِّق مقصودَ النصِّ، وما شُرع لأجله. ولهذا ينبغي تفسير مفهوم العدل المشترط للتعدُّد بالقدرة على إشباع المتطلبات الضرورية والحاجية والتحسينية التي اعتادتها الزوجة الأولى. ويشبهه تفسير قوله تعالى: ﴿فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]

تفسيرًا لا يتضمَّن الاعتراف بحقِّ الزوج في إكراه زوجته على الوطء، فإن الإكراه على الوطء مُثْلَة، كما تقدَّم من قول ابن القيم، وتحقيقًا لمقصود الشارع في إقامة العلاقة بين الزوجين على أساسٍ من المودَّة والرحمة، وحتى لا يهمل هذا المقصود.

(٩) تفسير النصوص القانونية في ضوء قواعد التفسير الأصولية:

التفسير هو بيان ما صدر عن الشارع من أحكام. وهذا هو الدور الذي اضطلعت به السُّنة في العديد من المواطن، على ما تقدَّم. أما الشرح والتوضيح فإنما يقوم به الفقه.

والحقُّ أنه لا غنى للقاضي في سعيه للفصل في الخصومات عن تفسير النصوص القانونية، مما قد يلجأ فيه إلى المذكرة التفسيرية، أو أحكام المحاكم الأعلى. وقد لا يحتاج إلى جهدٍ كبيرٍ في التفسير إذا كان النص القانوني واضحَ الدلالة؛ إذ القاعدة أنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. من ذلك المادة (١٤٠) مدني مصري التي تنصُّ في فقرتها الأولى على سقوط: «الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسَّك به صاحبه خلال ثلاث سنوات». وفي المادة (١١٢) مدني مصري تحديد سنِّ التمييز للصبي المحجور عليه بثمانية عشر عامًا لدفع أمواله إليه، وصحَّة تصرفاته فيها، وهو ما لا مجال فيه للاجتهاد.

ومنه في الشرع قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾ [النساء: ١٢]. ولا يزيد التفسير في الحكم بالنصيب المحدَّد لمن يستحقه إلا أن يكون تقريرًا للمعنى المفسر الواضح الدلالة. وحكمُ النصِّ المفسر وجوبُ اتباعه بعينه، واعتباره من النظام العام، حتى لا تجوز مخالفته أو الخروج عليه[٢٦].

ويمكن تعريف النظام العام في التشريع الإسلامي بأنه مجموعة الأحكام

---

(٢٦) محاضرة ألقاها عبد الوهاب خلاف في نقابة المحامين، في ديسمبر (١٩٤٧م)، حول تفسير النصوص القانونية وتأويلها، على الشبكة العنكبوتية.

الثابتة بنصٍّ قطعيِّ الثبوت والدلالة أو بالإجماع عليها، سواء كانت لحماية مصلحة عامَّة أو خاصَّة. ولذا فإن أحكام قانون الأسرة الباكستاني الصادر عام (١٩٦١م)، والذي وضع الطلاق في يد مجلس الأسرة بدلًا من الزوج، على نحوٍ لا تفريق فيه بين الطلاق الرجعي والبائن مما يتضمَّن مخالفة النظام العام الشرعي. وكذا فإن المنع من سماع دعوى الزوجية في مرسوم (١٩٢٠م) المصري، عند عدم التوثيق الرسمي، مما يخالف النظام العام الشرعي، بالنظر إلى حقِّ كل شخصٍ في رفع خصومته للقاضي.

أما إذا كان النصُّ غير واضح الدلالة ومحتملًا تعدُّد الأفهام، لغموضه وإجماله، فإن على القاضي أن يجتهد في فهم النصِّ وتفسيره حتى يحدِّد المعنى الذي سيحكم به. والآلية التي يلجأ القاضي إليها هنا لإزالة الغموض هي آلية التأويل في الاصطلاح الأصولي. وسيكون إطلاق التفسير هنا على سبيل المجاز. وإنما يعني التأويل صرف اللفظ عن معناه الظاهر المتبادر منه لدليلٍ يمنع إرادته، سواء كان هذا الدليل نصًّا أو مبدأ من المبادئ الشرعية الكليَّة. ولهذا يتَّسم التأويل بكونه عملية عقليةً تتجه إلى تحقيق المصالح والمقاصد التي أرادها الشارع.

وإنما يلحق خفاء الدلالة النصوص الشرعية والقانونية على السواء لشمولها وتجريدها وعمومها، واتساع مضامينها، كما ينشأ أيضًا من ضرورات تنزيلها على الجزئيات والحوادث الواقعية. من ذلك على سبيل التوضيح أن المادة (١٧٠) مدني مصري تنصُّ على ترك تقدير التعويض عن الضرر إلى القاضي، يقدِّره بالنظر إلى ما لحق المضرور، مراعيًا الظروف والملابسات. ومنه في الشرع قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]؛ إذ لا يلزم الوفاء بكل العقود وفي كل الظروف على ما تدلُّ عليه الفروع والنظريات الفقهية والقانونية.

ولا يقوم القاضي وحده بتفسير القانون، وإنما يمارسه كذلك الناس المخاطبون بالقانون، لتحديد مسؤولياتهم، كما يمارسه المحامون والفقهاء وجهات الإدارة، وإن لم تتمتَّع هذه التفسيرات جميعها بالإلزام الذي يحظى به التفسير القانوني والقضائي. وقد اشتملت بعض القوانين العربية على بعض

القواعد التفسيرية المستمدَّة من الفقه الإسلامي، مثل القانون المدني العراقي والأردني والإماراتي، مما يساعد على استقلال القوانين العربية، والوحدة بينها، ويربطها بالفقه الإسلامي.

ويستند **تفسير النصوص القانونية** إلى عددٍ من المصادر والضوابط، من بينها ما يلي:

أ - **المذكرات التفسيرية** التي تلتحق بنصِّ القانون ذاته، وتوافق عليها المجالس النيابية التي وافقت على القانون. ولهذا تُعَدُّ جزءًا من النصّ، وتكتسب الحجيَّة التي للنصِّ نفسه.

ب - **المذكرات التوضيحية** التي تعدها اللجان التي صاغت القانون، مما يشمل مناقشات المجالس التشريعية ومحاضر أعمال اللجان. وتظهر أهمية الأعمال التحضيرية في التعرف إلى نوايا واضعي القانون والمصالح التي أرادوا تحقيقها، والنظريات والمفاهيم التي أشاروا إليها في هذه المناقشات. ورغم أهميتها من هذه الوجهة، فإنها لا تتمتَّع بالحجيَّة التي تنالها المذكرات التفسيرية، بحكم أنها ليست جزءًا من التشريع، بل قد يتمُّ العدول عن بعض وجهات النظر المتداولة في أثناء هذه المناقشات، مما يدلُّ على كونها مجرَّد مصدر استرشاديٍّ.

ج - **إعمال مقاصد المشرِّع** في العدالة والمساواة وحماية الحقوق الإنسانية واستقرار التعامل، باختيار التفسيرات المحقِّقة لهذه المقاصد. من ذلك أن القصد من تخفيف الالتزام بحدوث الظروف الطارئة هو رعاية مصالح الطرف المتضرِّر، ولهذا فعلى القاضي ألَّا يميل في حكمه إلى حماية مصالح الطرف الأقل تضررًا أو أن يجحف بالطرف الآخر. ورغم كراهية التسعير للسلع والخدمات إطلاقًا لحرية التعاقد المحفزة للنمو الاقتصادي، فإنه يصحُّ فرض حدٍّ أدنى وحدٍّ أقصى لأجور العمَّال حمايةً لمصالح شريحة فعَّالة في المجتمع، وتحقيقًا للعدالة الاجتماعية. وإنما يجري تصحيح العقد الفاسد في الاصطلاح الحنفي إذا اتفق طرفا العقد فيما بعد على إلغاء الشرط المفسد، كالقرض بفائدة إذا اتفقا على إلغائها. والمقصود هنا هو العمل على استقرار التعامل بتصحيح تصرفات المتعاقدين ما أمكن.

د - تحقيق التوازن في التفسير بين مراعاة المعنى الظاهر للنصِّ ومقصود النصِّ؛ إذ القاعدة الأصولية أن لا يصرف الظاهر عن معناه المتبادر منه إلا إذا تعذَّر. ويتجه القانون المدني الأردني إلى تحقيق هذا التوازن في تفسير العقد بالنصِّ على أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وأن الأصل في الكلام الحقيقة حتى لا يُحمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذَّر حمله على معناه الحقيقي.

وتخضع المراوحة بين الميل إلى إعمال المعنى الظاهر المتبادر أو المؤول إلى مراعاة مقتضيات العدالة والمصلحة؛ إذ يغلب إعمال الظاهر في العقوبات أو حينما يتعذَّر التعرف إلى القصد. وعلى سبيل المثال، فإن الرضا في العقود أمرٌ لا اطلاع عليه، فحلَّ التلفُّظ بالإيجاب والقبول محلَّه. ويمثِّل اشتراط مجلس العقد - عند مَنِ اشترطه - الإطار المكاني الذي يحقِّق الجمع بين الإيجاب والقبول كي ينعقد العقد. ويُعَدُّ الغضب مانعًا من وقوع الطلاق، بخلاف الهزل، حيث يمكن الاطلاع على علامات الأول وأماراته، بخلاف الآخر الذي قد يتعذَّر إثبات علاماته الخارجية المصاحبة له.

وكذا فإن العمد في القتل مما لا سبيل إلى الاطلاع عليه، فتلمَّسه الأحناف في الآلة التي حدث بها القتل لظهورها. وهو ما يشار إليه في القانون الإنجليزي باستخدام سلاح قاتل (Using Deadly Weapon). ورغم أن المادة (٢٢٢) مدني مصري تضيق في التعويض عن الألم تضييقًا شديدًا، فإن محكمة أسيوط قد قضت في حكمها عام (١٩٤٧م) بتعويض المخطوبة عمَّا أصابها من ألم نتيجة الطريقة التي تعمدها الخاطب في إعلانه فسخ خطبتها أمام العائلة وأصدقاء العائلة المدعوين إلى الاحتفال باستقباله، والاحتفاء بمقدمِهِ بعد غيبة. وكذلك فقد أناط الشرع التمييز بالسنِّ أو البلوغ الطبيعي الذي يدلُّ عليه. ولذا فقد نصَّت الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون تفسير النصوص القانونية السوداني لعام (١٩٧٤) على أنه: «تفسر نصوص أي قانونٍ بما يحقِّق الغرض الذي شُرع لأجله، ويُفضَّل في جميع الحالات التفسير الذي يحقِّق هذا الغرض على سواه».

هـ - يلتزم القاضي في تفسيره بمراعاة قواعد اللغة العربية والمعاني

المعجمية للكلمات ما لم تنصرف إلى غيرها، والقواعد الأصولية التي سطرها الفقهاء عبر تاريخٍ طويلٍ من الجدِّ والاجتهاد. ويلزم تقدير الاجتهاد السوداني في ذلك؛ إذ نصَّت المادة الثانية من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني الصادر عام (١٩٨٣م) على أنه: «في تفسير النصوص، ما لم يكن النصُّ مفسرًا أو قطعيَّ الدلالة:

أ - يستصحب القاضي أن المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية، تعطيلًا لواجبٍ قطعيٍّ، أو إباحة لمحرَّم، وأنه يراعي توجيهات الشريعة الإسلامية في الندب والكراهة.

ب - يفسر القاضي المجملات والعبارات التقديرية بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وروحها العامَّة.

ج - يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية على ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي».

ويمثِّل تفسير النصوص القانونية على هذا النحو الذي يجب التأكيد على فعاليته أداةً منهجية عملية بالغة الأهمية لإعمال النصوص الدستورية المتعلِّقة بمصدرية مبادئ الشريعة الإسلامية للتشريع. وهذه القواعد الأصولية في تفسير النصوص، هي ما سنعرض له فيما يلي، وهو ما عساه أن يحقِّق نتيجةً مزدوجةً تتمثَّل - من ناحيةٍ - في فهم النظر الفقهي، والطرق المنهجية التي اتبعها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية، كما يعين المشتغلين بالعمل القانوني - من ناحيةٍ أخرى - على فهم النصوص التشريعية وتفسيرها.

(١٠) إجمال قواعد التفسير لدى محكمة النقض المصرية:

أجملت هذه المحكمة التي تعتلي قمَّة الهرم القضائي بمصرفي أحد أحكامها عددًا من قواعد تفسير النصوص التشريعية، مما يوضِّح أهمية قواعد التفسير الأصولية في العمل القضائي المعاصر. وهذه فيما يلي:

أ - المقرَّر في قضاء محكمة النقض أن تفسير النصوص القانونية المراد تطبيقها على واقعة الدعوى المطروحة على المحكمة هو من صميم عملها،

وأولي واجباتها، للوصول إلى معرفة حكم القانون فيما هو معروض عليها.

ب - إعمال التفسير اللغوي أو اللفظي للنصِّ باستنباط المعنى الذي أراده الشارع من الألفاظ والعبارات التي يتكوَّن منها النصُّ، سواء من عبارته أو إشارته أو دلالته.

ج - إذا تعذَّر على القاضي الوقوف على قصدِ الشارع عن طريق التفسير اللغوي فقد تعينه على الكشف عن هذا القصدِ عناصرُ خارجية، أي غير مستمدَّة من الدلالات المختلفة للنصِّ، كالأعمال التحضيرية، والمصادر التاريخية والحكمة من النصِّ، والجمع بين النصوص.

د - النصوص التشريعية وفقًا لحكم المادة الأولى من القانون المدني تسري على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها.

هـ - فحوى اللفظ لغةً يشمل إشارته ومفهومه واقتضاءه.

ز - المراد بمفهوم النصِّ هو دلالته على شيءٍ لم يذكر في عبارته، وإنما يُفهم من روحه.

ح - إذا كانت عبارة النصِّ تدلُّ على حكمٍ في واقعة اقتضته، ووجِدت واقعة أخرى مساوية لها في علَّة الحكم أو أَوْلَى منها، بحيث يمكن فهم هذه المساواة أو الأولوية بمجرَّد فهم اللغة من غير حاجةٍ إلى اجتهادٍ أو رأي، فإنه يفهم من ذلك أن النصَّ يتناول الواقعتين، وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما في العلَّة، سواء كان مساويًا أو أَوْلَى، ويُسمَّى مفهوم الموافقة أو المفهوم من باب أَوْلَى.

ط - التفسير يجب أن يتوخَّى الكشف عن المعنى أو المعاني التي ينطوي عليها النصُّ، اختيارًا للحلِّ الأقرب إلى تحقيق العدالة، باعتباره الحلَّ المناسب الذي أوجب القانون إعماله، خاضعًا لرقابة محكمة النقض، وهي تضطلع بمهمتها في توحيد القانون[٢٧].

---

(٢٧) طعن رقم (٨١٤) لسنة (٧٢ق)، بتاريخ: (٢٥/ ٢/ ٢٠١٤م).

ومن الواضح استمداد هذه القواعد التفسيرية، التي تمثِّل أداة هذه المحكمة في قيامها بوظيفتيها الأساسيتين فيما يتعلَّق بإرساء المبادئ وتوحيد العمل القانوني في البلاد، من القواعد ذاتها التي أنضجها التفكير الأصولي في مدوناته المعروفة، دون أدنى انحرافٍ عنها في الصياغة والمصطلحات، مما يزيد وضوحًا في التناول التالي الأكثر تفصيلًا.

الفصل الثاني

وضوح الدلالات وخفاؤها ومراتبها

(١) تقديم:

يتناول هذا الفصل أقسام الدلالات من حيث الوضوح والخفاء، وأنواعها من عبارة وإشارة واقتضاء. ذلك أن قواعد تفسير النصوص التشريعية والعقدية إنما تعمل في أحوال وضوح هذه النصوص أو خفائها كما تقدَّم، لتأكيد موضوعية فهم النصِّ، وتقليل الخلاف في فهمه، والنأي بالتطبيق للأحكام الشرعية عن الطابع الشخصي.

وقد تقدَّم التفريق في هذه القواعد بين القواعد اللغوية وغير اللغوية التي تتعاون فيما بينها لبيان معاني النصوص ووضوحها. وتسعى النصوص التشريعية في القرآن الكريم والسُّنة النبوية - فيما أودُّ تأكيده - إلى مقصد الوضوح في دلالتها على معانيها، مما يظهر أحيانًا في:

أ - تكرار الإشارة إلى القواعد الأساسية في سياقاتٍ متنوِّعة، مثل قاعدة العدل وحظر الإكراه في الدين، وحفظ الكرامة الإنسانية بالنصِّ على المبدأ العام، والتنزل منه إلى بعض التفصيلات التي تؤكِّده، كتحريم السخرية والغيبة المتفرِّعة عن مبدأ الكرامة الإنسانية.

ب - التعريف بالألفاظ والمصطلحات المأخوذة من المحيط اللغوي العام بأساليب تكرارها في سياقاتٍ توضِّح معناها، والتمثيل لها، واستخدام المرادفات والمقابلات التي توضِّحها.

ج - خلق علاقاتٍ محدَّدة بين النصوص لتوضيح معانيها بالتعاون فيما بينها، مثل علاقات العموم والخصوص، والإطلاق والتقييد.

د - ربط النصوص التشريعية بأطرٍ من المقاصد والمصالح والقواعد الكليَّة التي تمثِّل المرجعية النهائية للفهم والتفسير.

ويتأكَّد سعي النصوص التشريعية لوضوح دلالاتها من تأمُّل صياغاتها القانونية. من ذلك قوله تعالى في ميراث الزوج: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢]. وقوله تعالى في حدِّ القذف: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، ومنه قوله تعالى في بيان مبدأ شخصية المسؤولية: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الإسراء: ١٥].

ومع ذلك، فقد يعرض الخفاء في دلالة بعض النصوص الشرعية على معانيها. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ [البقرة: ٢٤١]، يفيد وجوب تمتيع المطلِّق لزوجته، غير أن هذا الوجوب قد يفيد الحملَ على الوجوب القانوني، بمعنى أن للقاضي إجبار المطلق على دفع متعة مطلقته إذا امتنع عنها، أو أنه يفيد مجرَّد الإلزام الخلقي، حتى لا يستطيع القاضي إجبار المطلق على دفعها إذا امتنع عن ذلك.

ومن المسلَّم به أنه يتعيَّن الأخذ بالمعنى الواضح للنصوص، وإعمال هذا المعنى، والالتزام به، ولا مساغ للاجتهاد في ذلك؛ إذ القاعدة أنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النصِّ. والنصُّ هنا بمعنى اللفظ الواضح الصريح في دلالته على معناه.

أما إذا كان النصُّ خفيَّ الدلالة على معناه، فإنه يلزم الاجتهاد في طلب دلالته على معناه بمعرفة دلالة الألفاظ في اللغة، ومعرفة مقاصد الشرع، والرجوع للنصوص الشرعية المتعلِّقة بالموضوع ذاته. ولا يعني هذا التفريق في تفسير النصوص الشرعية بين النصوص الواضحة الدلالة وخفيها قصرَ عمل قواعد التفسير على خفيها كما تقدَّم؛ إذ تعمل هذه القواعد لتفسير النصوص الواضحة، بغية ضبط فهمها، وتمييز درجات وضوحها، وإدراك علاقاتها، ولتيسير فهم خفيِّ الدلالة منها.

وتعمل كذلك قواعد تفسير النصوص التشريعية التي يغلب فيها الإيجاز والعموم والإجمال في مجال تفسير عبارات المتعاقدين التي يغلب فيها التفصيل. ويجري التفريق في هذا المجالِ كذلك بين واضح الدلالة وخفيها، وهو ما أجملته المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري التي فرقت في تفسير عبارات المتعاقدين بين الحالتين التاليتين:

١ - إذا كانت عبارة العقد واضحةً، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف إلى إرادة المتعاقدين.

٢ - أما إذا كان هناك محلٌّ لتفسير العقد، فيجب البحث عن النيَّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقًا للعرف الجاري في المعاملات، وهو ما أكَّدته محكمة النقض المصرية في نصِّها على: «أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي؛ فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وإذا لم تبلغ عبارة العقد في الوضوح الحدَّ الذي يدعو إلى عدم الانحراف عنها، تعيَّن عند تفسيره البحث عن النيَّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي»[(١)].

ومع هذا، فلا يجوز الانحصار في التفسير الحرفي الذي قد يجافي العدالة ومقصود التشريع. وعلى سبيل المثال، فقد حكمت المحكمة في قضية (R v.Harris) (١٨٣٦م) ببراءة المتهمة مما فعلته من عضِّ أنف صديقتها في أثناء تشاجرهما، وإصبع رجل شرطة في أثناء تدخُّله لفضِّ هذه المشاجرة، بناءً على أن القانون إنما جرَّم طعن الغير أو جرحه أو إبانة عضو من أعضائه، ولم يرقَ ما فعلته إلى أيٍّ من ذلك.

لكن الفقهاء والأصوليين لم يكتفوا في عملهم في تفسير النصوص الشرعية

---

(١) نقض جنائي، س ٨، (١٩/١٢/١٩٦٧م)، نقلًا عن: بدر المنياوي، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مذكرة منسوخة على الآلة الكاتبة؛ ومحمد حسين منصور، المدخل إلى القانون: القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، (٢٠١٠م)، ص٢٧٤.

والعقدية بقواعد التفسير الحرفي، بل أضافوا إليها مع ذلك قواعد التفسير المقاصدي التي تكشف عن نيَّة المشرعين والمتعاقدين، بما يحقِّق التضافر بين الأسلوبين الحرفي والغائي أو المقاصدي. وفيما يلي بعض هذه القواعد التي أثبتتها مجلة الأحكام العدلية في مقدمتها، لمعاونة القضاة في فهم نصوصها وتطبيقها، للدلالة على اهتمام الأصوليين والفقهاء بموضوع تفسير النصوص والعبارات لإعمالها:

- **العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.** ومعناه أن الواجب هو البحثُ عن مقصود العاقدين عند تفسير عباراتهما، دون تقيُّد بالمعني الحرفي للألفاظ في ذلك.

- **لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح**، ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جرى صرف الكلام عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يناقضه، فإن الواجب هو حملُ الكلام على معناه الظاهر، ولا يلتفت إلى المعنى الآخر المناقض.

- **إعمال الكلام أَوْلَى من إهماله**، ولكن إذا تعذَّر إعمال الكلام يُهمل.

- **العادة محكَّمة**، عامَّة كانت أو خاصَّة، وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

- **تُترك الحقيقة بدلالة العادة**، ومعنى هذه القاعدة وسابقتها أن الحقيقة اللغوية لا يصار إليها إذا تعارضت مع المعاني المفهومة في عرف الجماعة.

- **السؤال معادٌ في الجواب.**

- **المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد نصًا أو دلالة.**

ومن هذا كلِّه تتضح عناية الأصوليين والفقهاء بتفسير النصوص التشريعية والعقدية، وتفريقهم فيهما بين واضح الدلالة وخفيها.

(٢) التقسيم: في أصول النظام القانوني الإسلامي: دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية

يقسم الأصوليون ألفاظ نصوص القرآن الكريم والسُّنة النبوية بحسب

وضوح دلالتها على معانيها أو خفاء هذه الدلالة إلى قسمين: أولهما الواضح الدلالة، والثاني الخفي الدلالة، طبقًا لما تقدَّم.

وفي هذا القدر يتفق الفقهاء (طريقة الأحناف) والشافعية (طريقة المتكلمين)، وإن أطلق الشافعية مصطلح (المجمل) على خفيِّ الدلالة بوجه العموم.

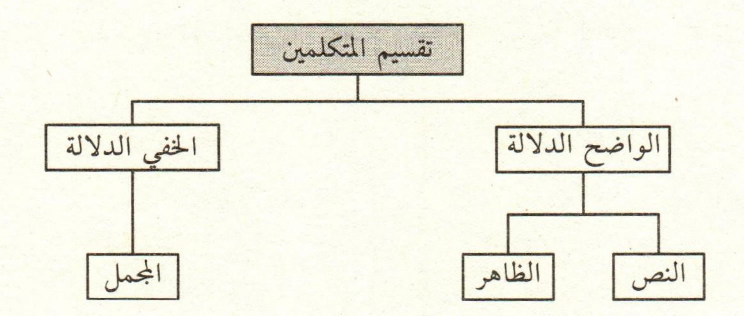
وفيما عدا ذلك، فقد اختلف الفريقان في التقسيم الذي ارتضاه كلٌّ منهما، فالأحناف قسموا واضح الدلالة إلى أربعة أقسام هي بترتيب قوة وضوحها: المحكم والمفسَّر والنص والظاهر، أما الشافعية والجمهور فقد اكتفوا بتقسيم واضح الدلالة إلى نوعين: أعلاهما النصُّ ويليه الظاهر.

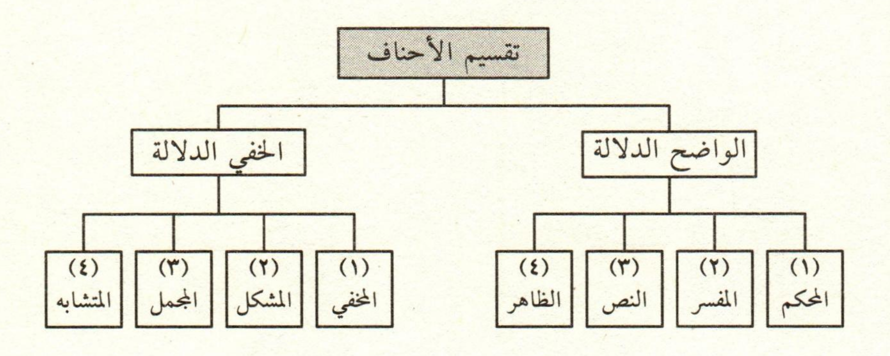
وإذ اكتفى الشافعية بجعل خفي الدلالة قسمًا واحدًا هو المجمل، فقد عمد الأحناف إلى تقسيمه هو الآخر إلى أربعة أقسام: أخفاها المتشابه، ويليه المجمل، ثم المشكل، ثم الخفي. ويتضح بيانه في الرسم التالي.

أولًا: خفاء الدلالة

(١) تقديم:

يقسم الأصوليون الألفاظ باعتبار الوضوح والخفاء في دلالاتها إلى ما هو خفي الدلالة أو واضحها، على نحوٍ يختلف فيه الأحناف والمتكلِّمون، مما يجمله الرسم التالي، ويأتي تفصيله في الفروع التالية.





ويتضح من هذا الرسم أن الشافعية لم يروا سببًا للتفريق بين المحكم والمفسر والنص؛ لأن الفرق بينها في اصطلاح الأحناف هو إمكان وقوع النسخ أو عدم وقوعه، ولا اعتبار بهذا الفرق بعد انقضاء زمن وقوعه.

ومن جهة أخرى، فإن كلمة المجمل تتسع عند المتكلِّمين لهذه الأنواع الثلاثة الأولى التي ذكرها الأحناف، وهي الخفي والمشكل والمجمل، بناءً على اشتراك هذه الأقسام في الافتقار إلى البيان عن طريق نصٍّ آخر أو بالاجتهاد. أما المتشابه فلا داعي لذكره في التصنيف الأصولي طبقًا لما سيتضح من تعريفه حسبما يأتي بعد قليل.

وفيما يلي توضيح المقصود بكلٍّ من هذه الأقسام باتباع تقسيم المتكلِّمين أو الشافعية، مع الإشارة إلى الأنواع الفرعية التي أخذ بها الأحناف.

وفيما يلي تعريف موجز بهذين القسمين:

(٢) المجمل:

الإجمال والجمل[٢]، بفتح الجيم وإسكان الميم، في اللغة بمعنى الاختلاط، وسُمي بذلك لاختلاط المراد منه بغيره. وفي الاصطلاح: هو اللفظ الصالح لأحد معنيين، دون تعيينٍ لأحدهما[٣]. وقد عرَّفه الآمدي بأنه: «ما له دلالة على أحد أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر»[٤]. وهو اللفظ الذي لم تتضح دلالته بنفسه، ويفتقر لمعرفة معناه إلى قرينة خارجية أو دليلٍ آخر، بحيث لا يتبيَّن المعنى المقصود من دون هذه القرينة.

وإنما يرجع الإجمال إلى عددٍ من الأسباب، من بينها الصيغة، كلفظ المختار؛ فإنه متردِّد بين اسم الفاعل واسم المفعول، أو التركيب والسياق العام، كقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] لتردُّده بين

---

(٢) شرح البدخشي (١/ ٢٥٧).

(٣) المستصفى (١/ ٣٤٥).

(٤) الإحكام للآمدي (٣/ ٨) وما بعدها.

الزوج الذي يمكنه العفو بأن يزيد فيما يدفعه عن النصف، أو الولي الذي يجوز له العفو بإسقاط بعض الواجب من النصف.

وقد يرجع الإجمال إلى تزاحم المعاني التي يحتملها اللفظ؛ إذ لا يمكن تحديد أنواع الضرر الموجب للتعويض فيما نصَّت عليه المادة (١٦٣) مدني مصري من مجرَّد ألفاظ هذه المادة. ومن المجمل كذلك التعبير بعقد الإذعان، وبالشروط التعسُّفية حسبما ورد في المادة (١٤٩)، ونصها: «إذا تمَّ العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمَّن شروطًا تعسُّفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط». ومن ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١]، يفيد وجوب إخراج زكاة الزروع والثمار وقت الحصاد، غير أن كلمة «حقه» كلمة مجملة لا تدلُّ على المعنى المقصود بنفسها؛ لأنها لا تبيِّن مقدار هذا الحق، ومتى يجب إيتاؤه على وجه التحديد. وقد جاءت السُّنة ببيان هذا الحق وأنه العُشر في الأراضي التي تُروى سيحًا أو بالمطر، أما التي تُروى بمجهودٍ أو آلةٍ فلا يصل هذا الحقُّ فيها إلا إلى نصف العشر(٥).

ومنه كذلك قوله في آيات المواريث: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ﴾، حيث يُعَدُّ هذا اللفظ (الوصية) من قبيل المجمل، وقد جاءت السُّنة ببيان المقصود به، وأنه لا يكون لوارث ولا يجاوز الثلث.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾، فإن لفظ الصلاة مجملٌ تولَّت السُّنة بيانه بذكر أركانه وشروطه وآدابه.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإن كلمة (قروء) من المشترك بين معنيين: الطهر والحيض، ولا ينصرف لأيٍّ منهما إلا بأدلَّة وقرائن خارجية.

ومن المجمل قوله ﷺ: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»؛ فإن المرفوع عن الأمَّة مجملٌ ويحتمل الانصراف إلى الإثم أو المؤاخذة والمسؤولية، ولا ينصرف إلى الإثم إلا بمعونة القرائن والأدلَّة الأخرى، حيث

---

(٥) شرح البدخشي (١٩٨/٢) وما بعدها.

عُلِمَ من أحكام الشارع أن المسؤولية التقصيرية والحكم بالضمان ثابتٌ مع وجود هذا الخطأ والنسيان، فدلَّ على أن المرفوع هو الإثم.

(٣) المجمل عند الأحناف:

المجمل عند الأحناف هو: «ما ازدحمت فيه المعاني واشتبه المراد اشتباهًا لا يُدرَك بنفس العبارة»(٦)، أو هو «ما خفي المراد منه بنفس اللفظ خفاءً لا يُدرَك إلا ببيانٍ من المجمل، سواء كان ذلك لتزاحم المعاني، أو لغرابة اللفظ، أو لانتقاله من معناه الظاهر إلى ما هو غير معلوم»(٧). وإذ يوافق المجمل عند المتكلمين ما اصطلح عليه الأحناف بخفيِّ الدلالة، فإنه ينقسم عند الأخيرين إلى أربعة أقسام:

الأول: الخفي:

وهو اللفظ الذي ظهرت ووضحت دلالته على بعض أفراده دون البعض؛ لاختصاص هذا البعض باسم آخر أو بوصفٍ يميزه. من ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]؛ فإن لفظ السارق ظاهر المعنى فيمن يأخذ المال من حرزه ومكانه الذي يُحفظ فيه. غير أنه ليس بهذا الوضوح في الطرَّار (النشَّال) والنصَّاب والنبَّاش الذي ينبش القبور ويسرق أكفان الموتى، وجاحد الأمانة.

وقد وجد الفقهاء تحقُّق معنى السارق في الطرَّار (النشَّال)؛ لأنه يأخذ أموال الناس بمغافلتهم، واتفقوا لهذا على معاقبته عقوبة السارق. أما النصَّاب وجاحد الأمانة والغاصب، فلا يتحقَّق فيهم من معنى السرقة إلا أخذ المال، لكنهم لا يأخذونه بمغافلة واستسرار، فلا تُطبَّق عليهم عقوبة السرقة، وتُطبَّق عليهم عقوبة تعزيرية. أما النبَّاش فقد أشبه السارق في المغافلة وأخذ مال غير مملوكٍ له، وبهذا اعتبر سارقًا معاقبًا بالحدِّ عند عددٍ من الفقهاء من بينهم عمر

---

(٦) الكافي شرح البزدوي لحسام الدين السغناقي (١/ ٢٣٥).

(٧) التلويح للتفتازاني (١/ ٢٤٣).

وابن مسعود والحسن وأبو يوسف، وخالف في ذلك عددٌ آخر لم يروا دخوله في معنى السارق، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد، ويستوجب النبَّاش العقوبة التعزيرية طبقًا لهذا.

ومنه كذلك قوله: «**لا يرث القاتل**»، فإنه ظاهر الدلالة في القاتل المتعمد وخفي الدلالة في القاتل المخطئ، وهذا هو ما أوجب اختلاف الفقهاء في ميراث القاتل الخطأ، فمنعه الأحناف من الميراث إذا حدث القتل بالمباشرة، واعتبروه داخلًا في القاتل الممنوع من الميراث؛ لأنه الأقرب إلى مقصود الحديث، وهو قريب من مذهب الشافعية الذين يوجبون المنع من الميراث في كل قتلٍ يوجب الدية أو الكفارة، على حين ذهب المالكية إلى قصر القتل المانع من الميراث على القتل العمد، وإلى أن القتل الخطأ لا يمنع من الميراث. وهذا هو ما أخذ به قانون الميراث المصري. وإنما لحق الخفاء لفظ: «القاتل» في دلالته على القاتل الخطأ؛ لاختصاصه بهذا الوصف الزائد.

وقد توضِّحه كذلك قضية تتعلَّق بحظر نقل اللحوم «مكشوفة». وإذ ضُبط أحد القصَّابين ينقل لحومه مغطاة بورقٍ شفاف، فقد وجِّهت إليه تهمة مخالفة القانون لظهور اللحوم، وعدم سترها. وأكَّد الدفاع أن تغطيتها بهذا الورق يحقِّق مقصود القانون، وهو المحافظة على الصحَّة العامَّة، فقضت المحكمة بأن المتهم غير مذنب، لاتباعه مقصود القانون[8].

الثاني: المشكل:

وهو ما خفيت دلالته لتعدُّد المعنى الذي يستعمل فيه، مع إمكان إزالة هذا الخفاء لإلحاقه بأحد معانيه بالبحث والاجتهاد. من ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإن القرء للحيض أو الطهر كما تقدَّم، ولا يلحق بأحدهما إلا بالبحث والتأمُّل. ومن المشكل قوله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، من جهة أن «أنَّى شئتم» قد تعني: حيث، وقد تعني: كيف؛ وتفيد «أنَّى شئتم» على تقدير حيث إن

---

(٨) المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، ص٧٣.

للرجل أن يأتي امرأته في موضع الحرث وغيره، أما على تقدير كيف فمعناه أن له معاشرتها في موضع الحرث على أيِّ نحوٍ شاء، بدليل قوله في بدء الآية: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾.

ومن المشكل كذلك تفسير مراد المادة (٩٣) من الدستور المصري (٢٠١٤م)، ونصها: «تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقًا للأوضاع المقررة»؛ إذ تتعدَّد تفسيرات هذه المادة إلى حدِّ التناقض مع منطوقها في كثيرٍ من الأحوال. ومنه أيضًا ما جاء في المادة (٧٧) جنائي مصري، ونصها: «يعاقب بالإعدام كل من ارتكب عمدًا فعلًا يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو سلامتها أو وحدة أراضيها»؛ فإن لفظ المساس باستقلال البلاد مشكلٌ في بعض ما يدلُّ عليه، ولا يتضح إلا بالبحث والاجتهاد. ومنه أيضًا ما جاءت به المادة (٤) مدني مصري التي نصَّت على أن: «من استعمل حقَّه استعمالًا مشروعًا لا يكون مسؤولًا عمَّا ينشأ عن ذلك من ضرر»؛ إذ يفتقر استعمال الحق المشروع، والضرر الذي لا يكون مسؤولًا عنه إلى بيان.

الثالث: المجمل:

وقد عرَّفه البزدوي بأنه: «هو ما ازدحمت فيه المعاني، واشتبه المراد اشتباهًا لا يُدرك بنفس العبارة، بل بالرجوع إلى الاستفسار ثم الطلب ثم التأمل»[٩]. وهو بهذا: الملفوظ الذي خفي معناه في ذاته، ويفتقر إلى بيان الشارع لدلالته، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ١١٠]؛ فإن الصلاة والزكاة لفظان مجملان، ولا يتحدَّد معناهما إلا ببيان الشارع لهذا المعنى. وإنما كان المجمل أشدَّ خفاءً من المشكل؛ لأن المشكل يرتفع خفاؤه بمجرَّد الاجتهاد والبحث لإلحاقه بأحد معانيه المحدَّدة، أما المجمل فلا يزول ما فيه من خفاء إلا ببيانٍ من الشارع. وحكم المجمل «الاستفسار وطلب البيان»، من نصوص الشرع أو الاجتهاد؛ فبيان الربا بالحديث الوارد في الأشياء الستة؛ ولهذا قال عمر رضي الله عنه: خرج النبي ﷺ من

---

(٩) الكافي شرح البزدوي لحسام الدين السغناقي (١/ ٢٣٥).

الدنيا ولم يبين لنا أبواب الربا. فحينئذ يحتاج إلى ضبط الأوصاف الصالحة للعلِّية، ثم التأمُّل لتعيين البعض[(١٠)]، أي بعض هذه الأوصاف الصالحة للتعليل بها.

ويوضِّحه من القانون أن المادتين (٣١٦-٣١٨) جنائي مصري قد اعتبرتا الليل ظرفًا مشددًا لجريمتي السرقة وإتلاف المزروعات، دون بيان وقت الليل بالتحديد، وما إذا كان امتداده من المغرب إلى الصباح، أو أن المقصود به وقت اشتداد الظلام، والخلود إلى النوم، مما يتيسَّر فيه التخفي عن الأعين لارتكاب هاتين الجريمتين. ويمكن ترجيح المعنى الأخير بمراعاة مقصود المشرِّع في التشديد في حفظ الأمن في الظروف التي تزيد فيها الخطورة الإجرامية والترويع.

ومنه كذلك التأكيد الوارد في المادة السابعة من قانون العقوبات المصري التي تنصُّ على أنه «لا تخلُّ أحكام هذا القانون في أي حالٍ من الأحوال بالحقوق الشخصية المقرَّرة في الشريعة الغراء»، ما قد يثير أسئلةً عديدةً حول معنى الحقوق الشخصية، وما إذا كانت تنصرف إلى حقِّ الدية، رغم كونه حقًّا ماليًّا، أو أنها تختصُّ بحقِّ التأديب الذي جاء في المادة (٦٠) من هذا القانون، ونصها: «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعلٍ ارتكب بنيَّة سليمة عملًا بحقٍّ مقرَّر بمقتضى أحكام الشريعة»، أو أنها أعمُّ من ذلك.

وفسرت محكمة النقض ضمن ما تفيده هذه المادة حقَّ الزوج في تأديب زوجته بأن له أن يضربها ضربًا خفيفًا، لا فاحشًا، «وحدُّ الفاحش هو الذي يؤثر في الجسم، ويغيِّر لون الجلد»[(١١)] بترك سجحات أو كدمات، طبقًا لأحكام هذه المحكمة. ويمتدُّ الحق الشخصي إلى تأديب الوالد ابنته فيما قضت به هذه المحكمة أيضًا، بوضع قيودٍ في رجليها لتهذيب سلوكها، بمنعها من الخروج، دون منعها من الحركة داخل المنزل[(١٢)].

---

(١٠) التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٤٤).

(١١) الطعن رقم (٧١٥)، لسنة ٣٥ق، جلسة (٧/ ٦/ ١٩٦٥)، لسنة (١٦)، ص٥٥٢.

(١٢) الطعن رقم (٢٢٨٦)، لسنة ٢ق، جلسة (٤/ ١/ ١٩٤٣م).

الرابع: المتشابه:

وهو اللفظ الذي خفي معناه في ذاته، ولا سبيل إلى إدراك معناه بالقرائن والأدلّة ولا بالاجتهاد ولا ببيان الشارع. من ذلك الحروف المقطّعة في أوائل السور مثل (ألم، حم، كعهيص)، ومنه كذلك آيات الصفات كقوله تعالى: ﴿وَكَلَّمَ ٱللَّهُ مُوسَىٰ تَكۡلِيمٗا﴾ [النساء: ١٦٤]، وكقوله: ﴿يَدُ ٱللَّهِ فَوۡقَ أَيۡدِيهِمۡۚ﴾ [الفتح: ١٠]، وكقوله: ﴿ٱلرَّحۡمَٰنُ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ ٱسۡتَوَىٰ ۝٥﴾ [طه: ٥]. وإذ يعرِّف التفتازاني المتشابه بأنه: «ما خفي (معناه) بنفس اللفظ، ولا يُرجى دركه أصلًا، كالمقطعات في أوائل السور»(١٣)، فإنه يؤكِّد أن: «تحقيق هذه المسألة في علم الكلام»(١٤)، وأن حكمه «التوقف عن طلب المراد مع اعتقاد حقيته»(١٥). ومن الواجب الالتفات إلى أن المتشابه بهذا المعنى لا مجال له في آيات الأحكام؛ لأن التكليف يستلزم وضوح المكلَّف به؛ إذ الغاية من التكليف الامتثال والطاعة، ولا يستطيع المكلَّف امتثال تكليف ما لم يفهمه. ولذا فإن في ذكره ضمن مباحث دلالات الألفاظ في أصول الفقه نوعَ تزيدٍ.

وقد أحسن الشافعية والمتكلمون حيث استبعدوا قسم المتشابه من أنواع الخفي الدلالة؛ لأنه لا تعلُّق له بعمل الفقيه، واستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها، وفهم آيات الأحكام وأحاديثها. والمعيار الذي يجب تطبيقه أن كل ما لا يفتقر إليه الفقيه في عمله، فلا ضرورة لإيراده في علم أصول الفقه. وقد التفت الدكتور عبد الكريم زيدان إلى هذا المعنى حين نبَّه على أن المتشابه بالمعنى الذي أراده الأصوليون ليس من بحث الأصول، وإنما هو من أبحاث علم الكلام.

(٤) بيان المجمل:

اتفق الأصوليون على أن واجب المجتهد أن يبحث عن دلالة المجمل

---

(١٣) التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٣٧).

(١٤) نفسه (١/ ٢٣٨).

(١٥) نفسه (١/ ٢٣٩).

ليظهر له مراد الشارع. وأكثرهم على أن الشارع لا يكلِّف بما خفيت دلالته، دون أن يظهر هذه الدلالة ويبيِّنها بمعونة الأدلَّة الأخرى. ويستند وجوب تعيين دلالة المجمل على المجتهد إلى قاعدتين توصَّل إليهما علماء أصول الفقه، وهاتان القاعدتان المستندتان إلى امتناع التكليف بما لا يطاق هما:

أ - امتناع تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه، وهو التكليف به. وعلى سبيل التوضيح، فإن قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ١١٠] من التكليف بما هو مجمل، ولكن السُّنة النبوية قد أوضحت هيئة الصلاة وأوقاتها والأقوال والأفعال الواجبة فيها، كما بيَّنت الأموال التي تجب فيها الزكاة، ومقدار الواجب في هذه الأموال. ويمتنع استمرار التكليف بهذين الركنين دون بيان ما يحتاجه المكلَّف لتحقيق الامتثال لهذا التكليف. ومنه كذلك أن القرآن الكريم حدَّد أنصباء أصحاب الفروض في آيات المواريث من سورة النساء، وأشار إلى استحقاق العصبة دون بيانٍ للعلاقة بين هاتين المجموعتين من الورثة، فجاءت السُّنة بوجوب البدء بإعطاء أصحاب الفروض حقوقهم أول الأمر على أن يُعطى العصبات ما يبقى من التركة بعد استيفاء أصحاب الفروض حقوقهم.

ويستعين المجتهد في تحديده لدلالة المجمل بعددٍ من الضوابط والمعايير التي أشار إليها الأصوليون إشاراتٍ عامَّة، ومن هذه الضوابط ما يلي:

أولًا: الرجوع إلى سائر النصوص التشريعية المتعلِّقة بالموضوع نفسه، سواء من القرآن أو السُّنة، بناءً على أن النصوص جميعها وحدةٌ متكاملةٌ لا تناقض بينها، وأن ما هو مجمل في بعضها قد بيَّنه سائرها. من ذلك أن جمهور الفقهاء قد فسروا الإجمال الوارد في بيان مدَّة العدَّة في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] بأن القرء يفيد الطهر هنا، ويجب على المطلَّقة أن تتربص بعد طلاقها بهذه الآية ثلاثة أطهار حتى تنقضي عدَّتها. واستندوا في هذا التحديد إلى ما جاء في أول سورة الطلاق من قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي في أول عدتهنَّ، وهو الطهر الذي يحدث فيه الطلاق، كما استندوا في ذلك إلى ما جاء عن النبي ﷺ بشأن الطلاق البدعي وطلاق السُّنة، ومنعه من الطلاق في حيضٍ أو

طهرٍ حدثت فيه العلاقة الزوجية. ولا يؤدي الاعتماد على بعض النصوص الواردة في الموضوع الواحد دون سائرها إلا إلى فهمٍ مبتور ومشوّش أحيانًا.

ويلحُّ عليَّ في توضيح هذا الأساس الإشارة إلى قوله تعالى في آية المداينة: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ ذلك أن جمهور الفقهاء قد فهموا من هذا أن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل في القضاء، باقتطاع هذا الجزء من الآية عن سائرها، مع أن النظر إلى سياق الآية يدلُّ على أن هذه الشهادة المطلوبة لتوثيق الديون المؤجلة في حالة نشوئها، وتتميز هذه الحالة بالسعة والاختيار؛ إذ يستطيع الدائن اختيار الشهود الذين يثق في تحملهم وأدائهم، أما حال القضاء فهو حال ضيق واضطرار؛ ولذا يجوز للقاضي أن يعتمد على شهادة النساء وحدهنَّ في الأمور التي ينفردن في الغالب بمشاهدتها والاطلاع عليها، كالولادة وإثبات حياة الجنين بعد ولادته، كما يجوز للقاضي الاعتماد على شهادة امرأة واحدة في التعزيرات، وهي العقوبات التي ليست من الحدود. وإذا جاز للقاضي الاعتماد على شهادة امرأة واحدة في العقوبة بالتعزير، فإنه يجوز له من باب أَوْلَى الاعتماد على مثل هذه الشهادة في إقرار الحقوق المالية والحكم بها، إذا اطمأنَّ لها القاضي، وذلك بوجود مؤيداتٍ أخرى.

وينطبق هذا في القانون أيضًا، من ذلك أن كلمة الاختلاس قد تردَّدت في عددٍ من مواد القانون الجنائي المصري: (١١١-١١٢-١١٣-٣٤١)، ولا يمكن تحديد معنى هذه الكلمة بدقَّة إلا بضمِّ هذه السياقات المختلفة جميعها، والوصول إلى العناصر المشتركة من بينها. والذي يبدو أن العنصر المشترك في هذه السياقات هو التخفي والسِّرية في الفعل المكوِّن للجريمة. أما محلُّ هذا الفعل فقد يتعلَّق بالألقاب والوظائف والأموال والوثائق والمستندات. ولا يخفى أن النظر في هذه السياقات مجتمعة هو الذي يؤدي إلى تحديد المفهوم العام للاختلاس، لموازنته بالسرقة وتحديد ما يشتركان فيه، وما يتميز به كلٌّ منهما عن الآخر، ومعرفة علاقة كلٍّ من الاختلاس والسرقة في الاصطلاح القانوني بالسرقة في الاصطلاح الفقهي (التي يلزم أن ترد على أخذ مال الغير، وأن

يكون هذا الأخذ على وجه الخفية، بخلاف الغصب الذي يتميَّز عن السرقة بأن أخذ مال الغير لا يكون بهذا الوجه).

ولا يبعد عن ذلك الأسلوب الذي يجب أن يلتزم به القاضي المعاصر في فهم النصوص القانونية، حيث يلزمه أن يسترشد في فهمه لأحد نصوصها بما جاءت به النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة. من ذلك على سبيل المثال أن المادة (٥١) من قانون العقوبات المصري تشير إلى العائد وتعريفه الذي تقرر في المادة (٤٩) من القانون ذاته؛ ولهذا فلا يحقُّ فهم إحدى المادتين بمعزلٍ عن الأخرى. وكذلك فإن المادة (٨) من هذا القانون تنصُّ على العقوبة بالإعدام لكل مَن سلَّم أو أفشى بأية صورة، وعلى أي وجه، وبأية وسيلة - سرًّا من أسرار الدفاع عن البلاد، أو توصل بأية طريقة إلى الحصول على سِرٍّ من هذه الأسرار. ويلزم فهم هذه المادة كذلك على ضوء ما جاء في المواد العديدة التالية لها والمتعلِّقة بالموضوع ذاته.

ثانيًا: التحليل اللغوي لألفاظ النصِّ، مما يستوجب معرفة معنى كل لفظ، مع الوعي بقواعد النحو والاشتقاق، لمعرفة المعنى العام الذي أراده الشارعُ واستخدم ألفاظَ النصِّ للتعبير عن هذا المعنى. ويلزم إدراك أن أيَّ تفسير يخالف ما يحتمله معنى النصِّ لا قيمة له. ذلك أنه لا حقَّ لأحدٍ في إجبار النصِّ على البوحِ بمعانٍ لم يعبِّر عنها صاحبه بما اختاره من أساليب وعبارات، وعلينا أن نفترضَ دائمًا أنه يعني ما يقوله ويقول ما يعنيه بسيطرته على اللغة التي اختارها للتعبير عن مقصوده.

ثالثًا: معرفة مقصود الشرع والغايات التي أرادها. فإن قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] يفيد بوجه العبارة وجوبَ إعطاء الصداق إلى النساء لا إلى أوليائهنَّ على سبيل الهدية والهبة، ولا يمكن فهم هذا الأمر إلا بمعرفة غرض الشارع ومقصوده والأوضاع الاجتماعية التي أراد تغييرها. وإنما هدف الشارع إلى تغيير وضع المرأة التي كان مركزها في الزواج هو مركز السلعة في البيع، وأن الزوج كان يأخذها من وليِّها مقابل المهر الذي يعطيه له.

والذي يبدو أن الأسلوب الذي اتبعه الشارع لتحقيق هذا الهدف مزدوجٌ من أمرين: **أولهما** بيان أن الصداق حقٌّ للزوجة، هي التي تملكه، ولهذا يجب

إعطاؤه إليها. والثاني أن هذا الصداق نحلةٌ وهِبةٌ يعطيها الزوج لزوجته. ويترتب على الأول أن الامتثال يتحقَّق كذلك بإعطاء المهر في يد الزوجة أو وليِّها؛ لأن هذا التوجيه متعلِّق بتعيين المالك للمهر وليس المتسلم، وطبقًا لذلك فإن الزوجة هي التي تتملك المهر حتى لو دفعه الزوج لوليِّها.

والأمر في القانون على هذا أيضًا؛ إذ إن تفسير النصوص التشريعية لا يتضح في أحوالٍ كثيرة إلا بمعرفة مقصود النصِّ والوضع الذي أراد تجنُّبه. وعلى سبيل المثال، فإن الفقرة الأولى من المادة (١٢٢) من القانون المدني المصري تنصُّ على أنه: «إذا لم يكن محلُّ الالتزام معينًا بذاته، وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره، وإلَّا كان العقد باطلًا». ولكن دلالة هذا النص، وما سيق له بوجه العبارة، لا يتضح إلَّا إذا عرفنا مقصوده، وهو رفع الغرر والجهالة عن محل العقد حتى تتضح حقوق أطراف التعاقد وواجباتهم، بما يمكن من الوفاء بهذه الالتزامات. وسبيل ذلك فيما أخذت به هذه المادة هو تعيين محل التعاقد أو المعقود عليه، وتحديده تحديدًا واضحًا لا لبس فيه، وذلك بتعيين ذاته إن كان حاضرًا في مجلس العقد، وإن كان غائبًا فبتعيين نوعه ومقداره وصفته مما يحصل به العلم بموضوع العقد ومحله.

ثانيًا: الواضح الدلالة

(١) النصُّ:

(أ) النصُّ عند المتكلمين:

النصُّ في اللغة بمعنى الظهور، فنصَّت الظبية رأسها إذا رفعته وأظهرته، ومنصَّة العروس المكان الذي تجلس عليه لتبرز[١٦]. ويعرفه جمهور المتكلمين والشافعية بأنه: ما دلَّ على معناه المقصود منه دلالة قطعية، بحيث لا يتطرق إليه احتمال. أو هو: «لفظ مفيد لا يتطرق إليه تأويل، أو أنه لفظٌ مفيد استوى ظاهره وباطنه»[١٧]، أو «هو الذي لا يحتمل إلا معنًى واحدًا»[١٨]، أو ما لا يتطرق إليه احتمال أصلًا لا على قربٍ ولا على بُعدٍ، كالخمسة مثلًا، فإنه نصٌّ في معناه، لا يحتمل الستة، ولا الأربعة وسائر الأعداد، ولفظ الفرس لا يحتمل الحمار والبعير وغيره[١٩]. ومعنى أنه لا يتطرق إليه احتمال أو تأويل أن يكون ذلك بدليلٍ مقبولٍ، من قرينة أو قياس. أما الدليل غير المقبول، فلا يخرجه عن كونه نصًّا.

وإذا كان النصُّ من واضح الدلالة، ولا يتطرق إليه احتمال أو تأويل يصرفه عن معناه المتبادر منه، فلا يعدو تفسيره أن يكون عملية لغوية تتحدَّد فيها الدلالات بالجمع بين النصوص الواردة في الموضوع الواحد، وفهم سياقاتها،

---

(١٦) المستصفى للغزالي (١/ ١٩٦).

(١٧) البرهان للجويني، تحقيق: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٧م)، (١/ ١٥٠).

(١٨) البحر المحيط (٢/ ٢٠٧).

(١٩) المستصفى للغزالي (١/ ١٩٦).

واستنباط مقصود الشرع منها بالاستدلال العقلي. وهو ما يتجلّى في المنهج الذي سلكه الشوكاني في «**نيل الأوطار**»، حيث يبدأ ببيان المعنى اللغوي للكلمات والعبارات التي تحتاج إلى توضيح، مع استنباط الحكم الشرعي بالبرهان والدليل والقواعد الكليَّة والأصوليَّة من مجموع النصوص التي يوردها في الموضوع، ودرء ما قد يظهر من تعارضٍ فيما بينها. من ذلك أنه يجمع بين قوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ﴾ [محمد: ٣٥]، وقوله: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١] بأن المنهيَّ عنه هو طلبُ السلم لا قبوله عند طلبه من الأعداء.

وإذ يدلُّ النصُّ عند المتكلمين على معناه دلالة واضحة لا يتطرق إليها احتمال أو تأويل، فإن حكمه عندهم هو:

أ - **وجوب العمل بما دلَّ عليه.**

ب - **عدم قابليته للتأويل**، وهو ما يخالف فيه الأحناف.

ج - **زيادته في الوضوح عن الظاهر وتقدُّمه عليه عند التعارض بينهما.**

ومن أمثلة النصِّ بهذا المفهوم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾ [النساء: ١٢]. ومن أمثلته في القانون ما جاءت به المادة (٣٤) مدني مصري، ونصُّها: «١- تتكوَّن أسرة الشخص من ذوي قرباه. ٢- ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصلٌ مشترك»، وهذا ما جاء في المادة (٣٨) مدني مصري، ونصُّها: «يكون لكل شخصٍ اسمٌ ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده».

(ب) النصُّ عند الأحناف:

يتفق الأحناف مع المتكلمين في تقديم النصِّ على الظاهر في وضوح دلالته على معناه، وإنما الخلاف بين الفريقين في أن النصَّ عند المتكلمين لا يتطرق إليه احتمال أو تأويل بخلافه عند الأحناف الذي يرونه قابلًا لذلك. وهم يعرفونه بأنه: «ما سِيق له القول وقُصد به»[٢٠]. مثاله قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فإنه نصٌّ في التفريق بين البيع والربا، مع

---

(٢٠) كشف الأسرار، شرح أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري (١/ ٤٧).

الظهور فيما يتعلَّق بحلِّ البيع وتحريم الربا. ومنه أيضًا قوله: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١]، فإن المقصود الذي سيق له النصُّ هو إثبات فرض الثلثين للبنتين عند التعدُّد.

ومنه في قانون العقوبات المصري ما جاء في المادة (٤٥) منه التي تعرِّف الشروع بالبدء في تنفيذ الأفعال المؤدية إلى ارتكاب الجريمة، وبالتفريق بينه وبين كلٍّ من الأخذ في إعداد الأعمال التحضيرية للجريمة، أو العزم على ارتكابها. ومنه كذلك النصُّ في المادة (٢٥) من هذا القانون على الحقوق المحروم منها المحكوم عليه بعقوبة جنائية، والتي تشمل الحرمان من تولي الوظائف العامَّة، ومن إدارة أعماله مدَّة الحكم، ويُعين فيما تقبله المحكمة، أو تتولَّى هي تعيينه لهذه الإدارة، والحرمان من التحلِّي بأية رتبة أو نيشان. وإنما يُعَدُّ ذلك نصًّا في الاصطلاح الحنفي؛ لقبوله التأويل والتخصيص.

ويزيد عليه في الوضوح عند الأحناف كلٌّ من المفسر والمحكم.

(٢) المفسَّر:

المفسَّر اسمٌ للمكشوف الذي يُعرف المراد به على وجهٍ لا يبقى معه احتمال تأويل أو تخصيص[٢١]، أو هو: «اللفظ الذي يدلُّ على الحكم دلالة واضحة لا يبقى معها احتمال للتأويل أو التخصيص، وإن كان مما يقبل النَّسْخ في عهد الرسالة». وإنما أتت زيادته على النصِّ في الوضوح من جهة أن النصَّ في الاصطلاح الحنفي يقبل التأويل والتخصيص، على حين أن المفسَّر يدلُّ على معناه دلالةً لا تقبل التأويل ولا الصرف إلى غيرها، وإن احتمل النَّسْخ في عصر الرسالة. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، من قبيل المفسَّر؛ لأنه لا يحتمل غير العدد المذكور، ومثله الأنصباء المحدَّدة بالثلث والثلثين والسدس، والنصف والربع والثمن في آيات المواريث. ومثله ما جاء في المادة التاسعة من قانون العقوبات المصري التي تنصُّ على تقسيم الجرائم إلى ثلاثة أنواع: جنايات وجُنَح ومخالفات. وكذلك

(٢١) أصول السرخسي (١/ ١٦٥).

المادة الثانية عشرة التي تعرِّف المخالفات بالجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا يزيد مقدارها عن مائة جنيه.

(٣) المُحْكَم:

الإحكام في اللغة بمعنى الإتقان والضبط والمنع من الفساد. تقول: بناء مُحْكَم، أي مأمون الانتقاض، وأحكمت الفرس، أي منعتها من العبث، والحاكم مَنْ يمنع من التعدي. وهو هنا ما يدلُّ على معناه دلالة واضحة، دون أن يحتمل النَّسْخ أو التأويل أو التخصيص(٢٢). ويرادف المحكم عند الأحناف بهذا التعريف النصَّ عند المتكلمين الذي لا يتطرق إليه احتمال أو تأويل. ولا يختلف عن المفسَّر بعد انتهاء زمن النبوَّة الذي كان يحتمل النَّسْخ في هذا الزمن.

حكمه:

أ - وجوب العمل به وعدم احتمال صرفه إلى معنى آخر؛ لأنه لا يقبل التأويل.

ب - تقديمه على غيره من المفسَّر والنصِّ؛ لزيادته عنهما في الوضوح.

ومن أمثلته قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، وقوله: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ﴾ [الحجرات: ١١]، وكذا قوله: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الإسراء: ١٥]، وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

(٤) الظاهر:

يعرِّف الشافعية الظاهر في مقابل النصِّ بأنه هو اللفظ الذي يدلُّ بصيغته على المعنى المتبادر منه، ويحتمل التأويل. ولا يختلف تعريفه عند الأحناف عن ذلك؛ فهو عندهم: ما يُعرف المراد منه بنفس السماع من غير تأمُّل، ويسبق إلى العقول والأوهام لظهوره في معناه، ويتطرق إليه التأويل(٢٣). أو هو: «ما ظهر

---

(٢٢) أصول السرخسي (١/ ١٦٥).

(٢٣) أصول السرخسي (١/ ١٦٤).

للسامع بنفس السمع» طبقًا للدبوسي، وهو عند البزدوي: «اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصيغته»، وإنما يفترق عن النصّ عند الأحناف في أنهُ يدلّ على معنى غير ما سيق له(٢٤). وينتقد عبد العزيز البخاري ما آل إليه الأمر عند المتأخرين من التفريق بين الظاهر والنصّ على أساس اشتراط القصد إلى سوق الكلام في معنى النصّ، بخلاف الظاهر الذي لا يشترطه(٢٥). وقد تتبَّع أديب صالح التطوُّر التاريخي لتطوُّر العنصر الفارق بين النصّ والظاهر، وهو سوق الكلام، منتهيًا إلى ترجيح أن العبرة بوضوح معنى النصّ والقرائن الذاتية والخارجية التي تؤكِّد هذا الوضوح(٢٦). ولم يكن الشافعي يفرِّق بين الواضح بذاته والواضح بغيره، فشمل الواضح بهذا كلًّا من الظاهر والنصّ والمجمل أيضًا بحكم ما يؤول إليه من البيان(٢٧). ويؤدي الأخذ بهذا المنطق - الذي أؤيده - إلى الدمج الكامل بين النصّ والظاهر؛ إذ ينبغي أن يقع مقصود سَوق الكلام ضمن دائرة التفسير المقاصدي. وقد رفض عبد الوهاب خلاف اعتبار السوق أساسًا للتفريق في درجات الوضوح(٢٨)، والتصنيف المناسب للتفسير هو التفريق في واضح الدلالة بين المنطوق والمفهوم. ومع ذلك، فقد جاء تصنيف المتكلمين (الظاهر والنص) أقرب إلى الواقع من تصنيف الأحناف الذي يفرق على نحوٍ موغلٍ في النظر بين عددٍ أكبر من المستويات اللغوية التي لا تدعو إليها ضرورة عملية؛ إذ لا يبرِّر التفريق بين المفسَّر والمحكم - على سبيل المثال - سوى سطوة نظرية النَّسْخ التي تقلُّ أهميتها في النظر التشريعي.

ويختلف الظاهر عن المؤوَّل في إفادة الأخير معنى غير متبادر للذهن، لدليلٍ يصرفه إليه. من ذلك أن كلمة «أسد» تنصرف فيما يتبادر منها إلى الحيوان المفترس، فإن استُخدمت في الدلالة على الرجل الشجاع كان ذلك من المؤول(٢٩).

ومن أمثلته قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥] في

---

(٢٤) تيسير التحرير لأمير بادشاه (١/ ١٤٢).

(٢٥) كشف الأسرار، شرح البزدوي (١/٤٨).

(٢٦) تفسير النصوص للدكتور أديب صالح (١/ ١٦٤).

(٢٧) المعتمد لأبي الحسين، تحقيق: حميد الله (١/ ٣١٩).

(٢٨) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، ص١٦٠.

(٢٩) إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٣١)، والمستصفى (١/ ٣٨٤).

الدلالة على حِلِّ البيع وتحريم الربا، وإنما اعتبر من قبيل الظاهر عند الأحناف لورود النصِّ في التفريق بين حلِّ البيع وحرمة الربا. ومنه كذلك قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]؛ فإنه ظاهر الدلالة في الأمر بالاكتفاء بطلقة واحدة عند إرادة الطلاق، إذ القصد الذي سيق له هو بيان وجوب مراعاة بداية العدَّة في إحداث الطلاق.

ومن أمثلته من القانون أن المادة السادسة من مرسوم (١٩٢٩م) تنصُّ على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلِّقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما. فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكمَيْن، وقضى على الوجه المبيَّن بالمواد (٧-٨-٩-١٠)»، والظاهر الذي تفيده هذه المادة أن على القاضي أن يحاول الصلح، حتى في حال ثبوت الضرر، وأن للزوجة في هذه الحالة أن تتمسَّك برغبتها في التفريق، وأن الضرر الذي يبيح التفريق هو الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها في المستويات الاجتماعية والثقافية للزوجة، وأن تعيين الحكمَيْن في حال عدم ثبوت الضرر وتكرُّر الشكوى. وقد سيقت المادة لتشريع الطلاق للضرر باتباع الإجراءات التي حددتها.

ومنه كذلك ما جاء في المادة الثانية عشرة من هذا المرسوم، ونصُّها: «إذا غاب الزوج سنةً فأكثر بلا عذر مقبولٍ جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها تطليقًا بائنًا إذا أضيرت من بعده، ولو كان له مالٌ تستطيع الإنفاق منه». وظاهر أن الغياب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق هو الغياب الذي يوجب الضرر، ولو كان له مالٌ تنفق منه، باستمراره عامًا فأكثر، بلا عذر مقبول، وأن الطلاق الذي يقع به طلاقٌ بائن. والنصُّ مسوقٌ لتشريع الطلاق بالغياب. وكذا فإن المادة السادسة عشرة من هذا المرسوم تنصُّ على أنه: «تُقدَّر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يُسْرًا أو عسرًا، على ألَّا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجاتها الضرورية». وتفيد هذه المادة فيما سيقت له أن المرجع في تقدير نفقة الزوجة هو حال الزوج يسارًا وإعسارًا، لا حال الزوجة ومركزها الاجتماعي، وأن التكليف بالنفقة على قدر الوسع. أما ظاهرها فمفاده أن النفقة لا تقلُّ عن القدر الذي يفي بالحاجات الضرورية.

حكم الظاهر:

أ - جواز تأويله وصرفه عن معناه الظاهر إلى معنى آخر. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] أمر بكتابة الدَّين والإشهاد عليه، ويفيد بظاهره الإلزام والوجوب، غير أنه يُحمل على الندب؛ لِما يفيده قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، أي دونما لجوء إلى الكتابة أو الإشهاد في أحوال الثقة بالأداء.

ب - وجوب العمل بمعناه الظاهر المتبادر إلى الذهن.

ج - عدم جواز صرفه إلى معناه المؤوَّل إلا بدليلٍ يوجبه.

(٥) مقارنة:

اكتفى المتكلمون بالتقسيم الثنائي لواضح الدلالة (النص، الظاهر) بالنظر إلى معنى احتمال التأويل، على حين انتهى الأحناف إلى تقسيم رباعيٍّ: (محكم، مفسَّر، نص، ظاهر) بالنظر إلى عدَّة معانٍ، منها: احتمالاً التأويل، والنَّسْخ، وقطعية الدلالة أو ظنيتها، والسَّوق.

وإذ انقضى عهد الرسالة وتحدَّدت النصوص غير المنسوخة، فضلًا عن ضعف الالتفات إلى السَّوق، فلا يبقى إلا التفريق في واضح الدلالة بين النصِّ والظاهر على أساس احتمال التأويل وظنيَّة الدلالة أو عدم احتماله لقطعيَّة دلالته. ومع ذلك، فإن المحاكم المصرية قد تستخدم في تفسيراتها للنصوص الواضحة مصطلحات النص والظاهر، والمفسَّر والجلي المعنى والواضح والمقطوع به، والخفي والمنطوق والمفهوم والتفسير والتأويل، وما إلى ذلك مما يجب استقصاؤه وتحليله ومقارنته بما في أصول الفقه.

والأغلب في القانون ومحكمة النقض المصرية التفريق بين الوضوح والخفاء؛ إذ تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) مدني مصري على أنه: «إذا كانت عبارة العقد واضحةً، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

وقد يتبادر إلى الذهن من نصِّ هذه الفقرة أنه لا يجوز إعمال التفسير في

النصِّ الواضح بأقسامه المختلفة السابقة الذكر. وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك أيضًا، حيث قرَّرت أنه: «متى كانت عبارة القانون واضحةً، ولا لبس فيها، فإنه يجب أن تُعَدَّ تعبيرًا صادرًا عن إرادة المشرِّع، ولا يجوز الانحراف عنها من طريق التفسير والتأويل أيًّا كان الباعث على ذلك، ولا مجال للاجتهاد إزاء صراحة النصِّ الواجب تطبيقه»(٣٠).

ويشبه ذلك القاعدة الأصولية التي تقرِّر أنه: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النصِّ». وقد قرَّرت محكمة النقض كذلك أنه: «متى كان النصُّ واضحًا، جليَّ المعنى، قاطع الدلالة، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله... لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النصِّ أو وجود لبسٍ فيه، مما يكون معه القاضي مضطرًا إلى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه»(٣١). وقد يكون هذا المعنى المتبادر غير صحيح بالنظر إلى أن النصَّ الواضح الدلالة قد ينفتح للتفسير والتأويل والاجتهاد للوصول إلى ما يحقِّق العدل بتحديد المعاني اللغوية، والنظر في النصوص الواردة في الموضوع محل النظر، لإدراك ما يخصِّص العام ويقيد المطلق.

وفيما يلي بعض القواعد التي تضمَّنتها مجلة الأحكام العدلية، مما يتعلَّق بتفسير الواضح والخفيِّ الدلالة:

المادة (١٣): لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح.

المادة (١٤): لا مساغ للاجتهاد في مقابل النصِّ.

المادة (٤٥): التعيين بالعرف كالتعيين بالنصِّ.

المادة (٦٠): إعمال الكلام أَوْلَى من إهماله.

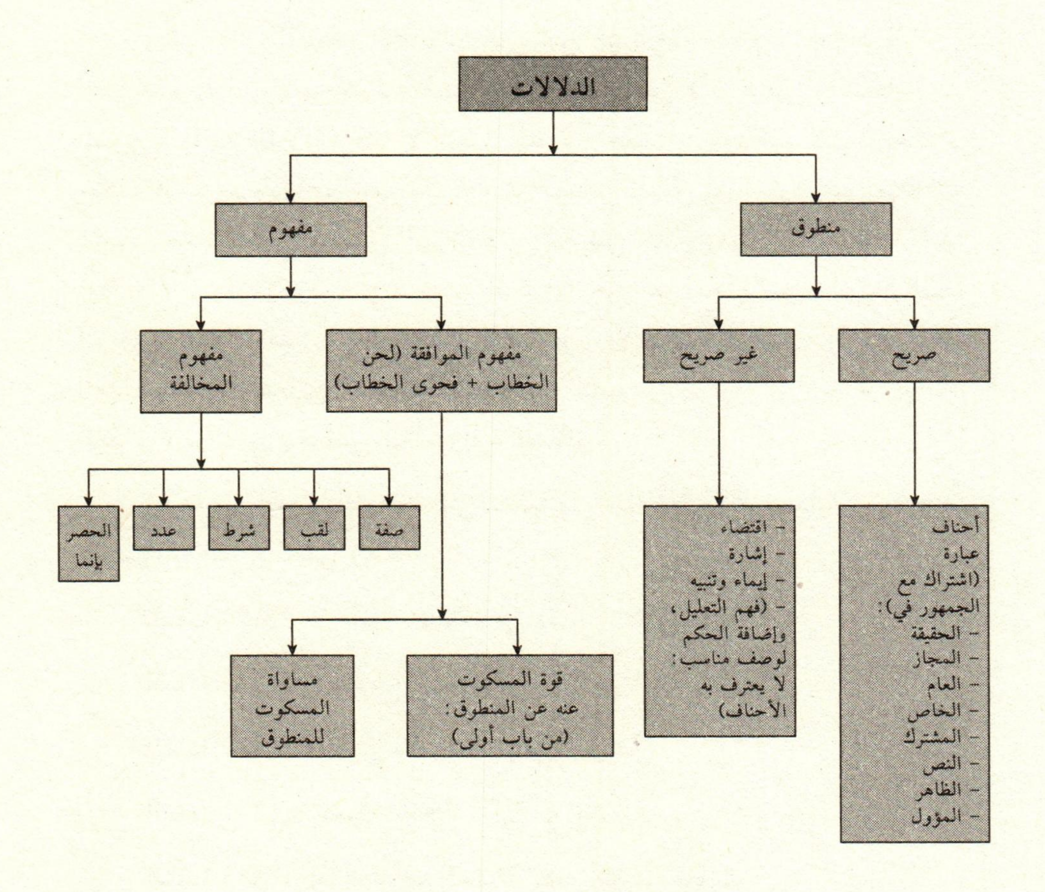
المادة (٦١): إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز.

---

(٣٠) نقض جنائي، س ٨، (١٩/١٢/١٩٦٧م)، نقلًا عن: محمد منصور، المدخل إلى القانون: القاعدة القانونية، ص٢٧٤.

(٣١) نقض، س١٦، (٢/١٢/١٩٦٥م)، نقلًا عن: محمد منصور، ٢٠١٠، ص٢٧٤.

ثالثًا: أنواع الدلالات وأوجه دلالة اللفظ على المعنى



(١) تقديم:

يدلُّ اللفظ على معناه بطرقٍ متعدِّدة، مباشرة وغير مباشرة. ولا يتوقف الفقيه والقاضي عند حدود المعنى المباشر للنصِّ الذي دلَّت عليه عبارته وصيغته، وإنما يعمل الفقيه والقاضي على استكشاف المعاني المحتملة للنصِّ التي قد يشير إليها أو يقتضيها ويستلزمها أو يدلُّ عليها بأي وجهٍ من وجوه الدلالة التي تحتملها اللغة، ما دامت تعبِّر عن مقصود الشارع. وبهذا لا ينحصر تفسير الألفاظ والجمل في حدود معانيها المتبادرة، وإنما تمتدُّ لتشمل المعاني التي يشير إليها النصُّ. ويتسع التفسير بهذا ليشمل الحدود البعيدة للنصِّ بحثًا عن مقصود الشارع.

ومن جهة أخرى، فقد أتى هذا التنوُّع في الدلالات المستفادة من النصوص التشريعية من طبيعة صياغة عباراتها التي تستلزم الدقَّة والعموم، واستشرافها بهذه الصياغة العامَّة تلبية للمصالح العامَّة والخاصَّة. ورغم أن الأصل في التفسير هو البحث عن نيَّة الشرع، فإن المنطلق الأساسي هو البدء من صيغة النصِّ وعبارته، بحكم أن عبارته التي لا تتعارض مع إشارته أو مقتضاه هي التي تحدِّد مقصوده.

ويتفق الأحناف والمتكلمون على التفريق بين الدلالات المتنوِّعة التي تستفاد من المنظوم، وإن اختلفوا في الاصطلاحات. إذ يقسم الأحناف الدلالات إلى عبارة وإشارة ودلالة النصِّ والاقتضاء، ووجه ضبطه عندهم: «أن الحكم المستفاد من النَّظْمِ إما أن يكون ثابتًا بنفس النَّظْمِ أو لا، والأول إن كان

النَّظْمُ مسوقًا له فهو العبارة وإلَّا فهو الإشارة، والثاني إن كان الحكم مفهومًا منه لغةً فهي الدلالة أو شرعًا فهو الاقتضاء»[٣٢].

ويقابل ذلك في اصطلاح المتكلمين والشافعية المنطوق والمفهوم؛ إذ يقابل المنطوق الصريح المقصود من الكلام عندهم دلالة العبارة عند الأحناف، على حين يتفق الأحناف والمتكلمون في إطلاق دلالة الإشارة على المعنى غير المقصود من سوق الكلام، وإن أدرجه المتكلمون تحت المنطوق غير الصريح الذي يشمل الإيماء والاقتضاء. ويتجاهل الأحناف الإيماء، إلا أنهم يتفقون مع المتكلمين في الاعتراف بدلالة الاقتضاء.

ويشترك الطرفان في تناول كلٍّ من مفهوم الموافقة والمخالفة[٣٣]. ويمكن إجمال عبارة النصِّ وإشارته فيما يفيده منطوق النصِّ وألفاظه بالنظر إلى اشتراكهما في استناد ما يفيد أنه إلى الصيغة، «أو لأن الثابت بكلٍّ منهما ثابتٌ بنفس النَّظْم»[٣٤]، بعبارة أخرى. ويمكن إجمال العبارة والإشارة في منطوق النصِّ؛ لأن التفريق بين المقصود من سوق الكلام وغير المقصود إليه لا يصلح سببًا للتمييز بينهما، كما تقدَّم. وتشترك العبارة والإشارة عند الأصوليين في إفادتهما القطع إلا إذا وجِد احتمال ناشئ عن دليل، فتكون الدلالة ظنيَّة.

ولا تجلب هذه التشقيقات التي أسرف فيها المتأخرون سوى الغموض والتعقيد. وسأحاول الموازاة بين اصطلاحات الفريقين كذلك بغية التوضيح باعتماد تقسيم المتكلمين الذي يقوم على التفريق بدرجة أساسية بين المنطوق والمفهوم، مع تقسيم المنطوق إلى صريحٍ وغير صريحٍ، والمفهوم إلى موافقٍ ومخالفٍ. وإذ أحاول الإشارة في الوقت نفسه إلى الاصطلاح الحنفي الذي

---

(٣٢) التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٤٨).

(٣٣) يقسم الأحناف الدلالات إلى عبارة وإشارة ونصٍّ واقتضاء، على حين يقسم المتكلمون الدلالات إلى منطوق ومفهوم، والمنطوق إلى صريح وغير صريح (يشمل دلالة الإشارة فيما لم يكن مقصودًا)، والمفهوم إلى موافقة ومخالفة. انظر: السرخسي (١/ ٢٣٦)، ومحمد الخضري، أصول الفقه، ص١٢١؛ وعمر عبد الله، سلم الوصول لعلم الأصول، دار المعارف بمصر، (١٩٥٦م)، ص١٨٣؛ ومحمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص٤٨٩ وما بعدها.

(٣٤) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (٢/ ٢١٠).

يقابله بوجه العموم، فإنني سأبتعد عن التفاصيل اللغوية والفلسفية التي تقلُّ فائدتها العملية في التفسير القضائي المعاصر. ولعل الرسم التالي أن يوفِّر بعض الجهد في فهم آليات تفسير النصوص التشريعية.

تعريف بالمنطوق:

ما دمنا قد ارتضينا في تناول أنواع الدلالات الإطار العامَّ الذي صاغه المتكلمون في تقسيمهم هذه الأنواع إلى منطوقٍ ومفهوم، والمنطوق إلى صريحٍ وغير صريحٍ، والمفهوم إلى موافقٍ ومخالفٍ، فإن علينا أن نوضِّح معنى كلٍّ من المنطوق والمفهوم وما يشملانه قبل الدخول في التفريعات الجزئية التي قد تشتِّت الانتباه. والذي يعنيه المنطوق من نطق، أي تكلَّم وتلفَّظ، هو ما يستفاد من اللفظ، أو ما يفهم من دلالة المتلفظ به، أو ما دلَّ على الحكم بلفظه[٣٥]. وهو كذلك: «ما دلَّ عليه اللفظ في محلِّ النطق»[٣٦].

وتنبني هذه التعاريف على إدراك هذه العلاقة الوثيقة التي تبدأ من لفظ النصِّ إلى معناه، حتى لا يستغني أحدهما عن الآخر؛ فالمعنى من دون اللفظ لا وجود له، واللفظ من دون المعنى «مهمل» لا يُستعمَل. وبهذا فإن المنطوق صيغة أو لفظ دالٌّ على معنى، والدلالة هي النسبة أو العلاقة بينهما، والمدلول هو المعنى. وهذا المعنى الذي يدلُّ عليه المنطوق قد يكون صريحًا (عبارة النصِّ في الاصطلاح الحنفي)، سواء كان حقيقةً أو مجازًا، عامًّا أو خاصًّا، أو مشتركًا ونصًّا أو ظاهرًا، وقد يكون غير صريح: اقتضاء أو إشارة (أو إيماء وتنبيه فيما انفرد به المتكلمون). ويقابل المنطوق في هذا التقسيم المفهوم بالموافقة أو المخالفة على ما سيأتي توضيحه فيما بعد.

(٢) عبارةُ النصِّ:

العبارة هي التفسير، تقول: عبَّرت الرؤيا، أي فسَّرتها، وعبَّرت عن فلان

---

(٣٥) البرهان للجويني (١/٤٤٨)، والإحكام للآمدي (٣/٩٣)، والمحصول للرازي (١/٥٧٨).

(٣٦) منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٨٥م)، ص١٤٧.

إذا تكلَّمت عنه. وسُميت الألفاظ الدالَّة على المعاني عبارات؛ لأنها تفصح عمَّا في الضمير[٣٧]. وإنما يطلقون النصَّ على: «كل ملفوظٍ مفهوم المعنى من الكتاب والسُّنة، سواء كان ظاهرًا أو مفسَّرًا أو نصًّا حقيقةً أو مجازًا خاصًّا كان أو عامًّا»[٣٨]. وتعني عبارة النصِّ في اصطلاح الأحناف وما يتردَّد في أحكام محكمة النقض المصرية (أو المنطوق الصريح في اصطلاح المتكلمين) دلالة الكلام على المعنى المقصود منه، أو ما يفيده منطوقه الصريح بلفظه وصيغته. وتطلق بهذا على المعنى المتبادر أو الحرفي المستفاد من الكلام لإعماله بدل إهماله.

وقد عرَّفت محكمة النقض المصرية هذه الدلالة بأنها «المشتملة على الحكم الذي صِيغ النصُّ للتعبير عنه»[٣٩]. ويعني ذلك اقتراب عبارة النصِّ في استعمال محكمة النقض من معناها المقصود من سوق الكلام، بالتعريف الذي أخذ به الأحناف[٤٠]. وإنما يتسع في هذا الاستعمال كي يشمل المعنى الذي يؤدي إليه نص العبارة، بقرائنه اللغوية الذاتية، ودونما لجوء إلى القرائن الخارجية. وهو ما تفيده تعريفات بعض الأحناف المتقدمين لهذه الدلالة بأنها: «العمل بظاهر ما سيق الكلام له»[٤١]، أو أنها «الذي دلَّ بإحدى دلالاته الثلاث: المطابقة والتضمُّن والالتزام، على المعنى الذي سيق له اللفظ»[٤٢].

ويمثِّل إعمال دلالة العبارة أو المعنى الحرفي المتبادر قاعدة التفسير الأساسية التي يمكن إجمالها في: وجوب حمل الكلام على معناه المتبادر المستفاد من الصيغة نفسها، إلا أن يصرفه عن ذلك دليلٌ. وهذا المعنى المستفاد من الصيغة هو المعنى الظاهر والبيِّن والواضح الذي لا يجوز العدول

---

(٣٧) كشف الأسرار، شرح أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري (١/ ٦٧).

(٣٨) نفسه (١/ ١٠٦).

(٣٩) الطعن رقم (٥٥٢٦)، لسنة ٦٤ق، بتاريخ (١٠/ ١/ ٢٠٠٥).

(٤٠) أصول السرخسي (١/ ٢٣٦).

(٤١) أصول البزدوي (١/ ١١).

(٤٢) خليفة بابكر الحسن، مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام، مكتبة وهبة، القاهرة، (١٩٨٩م)، ص٧٩. وتعني المطابقة دلالة اللفظ على تمام معناه، والتضمُّن دلالته على جزء معناه، والالتزام على ما يستتبعه.

عنه لهوى أو ميلٍ إلى غيره إلا بدليلٍ يصرفه إليه. وهو ما تشير إليه محكمة النقض المصرية في بيانها أن «النص القانوني واضح الدلالة لا محلَّ للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره، استهداءً بالمراحل التشريعية التي سبقته، أو الحكمة التي أملته وقصد المشرِّع منه، أو ما تضمَّنته المذكرة الإيضاحية من بياناتٍ لا تتفق وصريح عباراته؛ ذلك أن مثل هذا البحث إنما يكون عند غموض النصِّ، أو وجود لبسٍ فيه»(٤٣). وقد يتفق التعبير: «صريح العبارة» في نصِّ حكم هذه المحكمة مع التعبير الحنفي «دلالة العبارة». ومن أمثلته قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]؛ فإن النصَّ يدلُّ بصيغته على أن المفاداة مختصَّةٌ بحالة الشقاق، وهو ما يدلُّ عليه العرف والواقع أيضًا(٤٤).

ويجب أن تشتمل دلالة قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] في منطوقه الصريح على التفريق بين البيع والربا، وعلى حلِّ البيع وتحريم الربا؛ من جهة أن كلًّا من التفريق والحلِّ والتحريم مستفادٌ من النصِّ ذاته، بقرائنه اللغوية.

وتؤكِّد محكمة النقض المصرية في أحكامٍ عديدة أن عبارة القانون تعبِّر تعبيرًا صادقًا عن إرادة المشرِّع، متى كانت واضحةً لا لبس فيها، حتى لا يجوز الانحراف عنها بالتفسير والتأويل(٤٥).

والأصل أن يتلمَّس القاضي معنى النصِّ في عبارته، ولا يستعين بقرائن خارجية - كالمذكرة الإيضاحية - إلَّا عند غموض النصِّ، وعدم وضوحه في ذاته؛ ذلك أنه لا حقَّ له أن يستنبط منها معنًى أتت به، دون أن يكون له وجودٌ في النصِّ؛ إذ يُعَدُّ ذلك استحداثًا لحكمٍ لم يقره المشرِّع في مناقشاته(٤٦). ويجب أن يلتزم القاضي في تفسير النصوص التشريعية الاستثنائية على وجه الخصوص بعباراتها طبقًا لما عبَّر عنه أحد أحكام محكمة النقض المصرية؛ فلا

---

(٤٣) طعن رقم (١٥٠١)، لسنة٦٤ق، بتاريخ (٢٧/ ٤/ ٢٠٠٤م).

(٤٤) البرهان للجويني (١/ ٤٧٦).

(٤٥) الطعن رقم (١٩٠٦١)، لسنة ٦٦ق، بتاريخ (٢٦/ ١٠/ ٢٠٠٥م).

(٤٦) الطعن رقم (١٦٥٢)، لسنة ٦٥ق، بتاريخ (٢٢/ ٨/ ٢٠٠٥م).

يجوز القضاء بالشفعة استنادًا إلى نصِّ المادة (٣٣-ز) من قانون الإصلاح الزراعي المعدَّل بقانون (٩٦) لسنة (١٩٩٢م)[٤٧].

والأمثلة على عبارة النصِّ في القانون عديدة؛ إذ ينتقي المشرِّع ألفاظ القانون بدقَّة، ويصوغها بعناية لقصده إلى معانيها اللغوية والاصطلاحية. من ذلك أن نصَّ المادة (٣٨) مدني مصري: «لكل شخصٍ اسمٌ ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده»، والحكم الذي تفيده عبارة النصِّ أن لقب الشخص يأخذه أولاده كذلك، بخلاف اسمه الذي يختصُّ هو به. ويتطلب فهم هذا الحكم الرجوع إلى المعنى اللغوي لكلمات: اسم - لقب - يلحق.

ومما تفيده عبارة النصِّ كذلك ما جاء في المادة (٢٢-٢) عقوبات مصري التي تنصُّ على أن: «العقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بدفع المبلغ المقدَّر في الحكم في خزينة المحكمة، ولا يجوز أن تقلَّ الغرامة عن مائة قرش، ولا أن يزيد حدُّها الأقصى في الجنح على خمسمائة جنيه، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبيِّنها القانون لكل جريمة». وهذا التعريف لعقوبة الغرامة هو التعريف القانوني لكلمة الغرامة الذي يختلف بهذا التحديد عن معناها اللغوي. وتنصرف كلمة جنيه هنا إلى معناها العرفيِّ الخاصِّ في مصر، للقرائن القاضية بذلك.

ويتطلَّب تحديد ما تفيده عبارة النصِّ تحقيق المطلوبات التالية:

أ - تحديد معاني الكلمات المستخدمة في النصِّ لغةً أو اصطلاحًا أو عرفًا، حسب ما هو واجب. والقاعدة التي تضبط تطبيق ذلك أنه يجب ترجيح إعمال المعنى الاصطلاحي أو الشرعي، وتقديمه على المعنى العرفي واللغوي عند عدم إمكان الجمع بينهما[٤٨]. من ذلك - كما تقدَّم - أن كلمة صلاة لها معنى لغويٌّ هو مطلق الدعاء، ومعنى شرعيٌّ هو العبادة المخصوصة المؤلَّفة من القيام والركوع والسجود، وهو الذي تنصرف إليه عند ورودها في النصوص الشرعية. وكذلك الزكاة والحج والقصاص والقذف.

---

(٤٧) الطعن رقم (٨٨٢١)، لسنة ٦٤ق، بتاريخ (٢٨/ ٣/ ٢٠٠٥م).

(٤٨) إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٦).

وعلى سبيل التوضيح، فإن كلمة «قذف» تعني في اللغة مجرَّد الرمي، كالقذف بحصاة أو غيرها، أما المعنى الشرعي فهو الرمي بارتكاب الزنا. وهو الذي تنصرف إليه في النصوص الشرعية والوثائق القضائية. ويصدق هذا المسلك نفسه في فهم عبارة النصِّ، وتحديد موجبها في القانون؛ ذلك أن «المشرِّع قد يعدل عن المعنى اللغوي للفظ، ويطلقه على معنى اصطلاحيٍّ، يحدِّد هو عناصره، ومقوماته، وفي هذه الحالة يتعيَّن بحسب الأصل أن ينصرف اللفظ لهذا المعنى الاصطلاحي في أيِّ نصٍّ آخر؛ لأن في ذلك - كما تقول محكمة النقض - توحيدًا للغة القانون، ومنعًا للبس في حكمه، والانبهام في حكمه، وتحريًا لوضوح خطابه إلى الكافة»[٤٩].

ويتضح هذا المسلك بالنظر إلى هذه التعريفات الكثيرة للعديد من المصطلحات، فيما لا تخلو منه القوانين الحديثة وبخاصةٍ تلك المتأثرة بالقانون الأنجلو-سكسوني. من ذلك - على سبيل التوضيح - ما تضمَّنه قانون تفسير القوانين والنصوص العامَّة لسنة (١٩٧٤م) للسودان، في مادته الرابعة، من تعريفاتٍ للجريدة الرسمية، والسنة المالية، والسنة والشهر، والشخص، والعمل والقانون، والكتابة، والكلمات، والمقرَّر بالقانون، والتوقيع.

ومنه أيضًا ما اشتمل عليه المرسوم رقم (٢٣) الصادر في دبي عام (٢٠١٤م)، حيث احتوت مادته الأولى على التعريف بمعاني الإمارة والحاكم والحكومة والمجلس التنفيذي، والجهات الحكومية والسلطة المحلية، وما إلى ذلك، مما يدلُّ على أهمية ضبط المعاني الاصطلاحية.

ومن أمثلة الأخذ بتعريف المعاني الاصطلاحية ما جاء في المادة (٤٠) مدني مصري التي عرَّفت الموطنَ بأنه: «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً»، وما جاء في المادة (١٦) من قانون العقوبات التي تعرِّف عقوبة السجن بأنها «وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية، وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدَّة المحكوم بها عليه». وتعرِّف

---

(٤٩) المستشار بدر المنياوي، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، ص٢٥.

المادة (١٨) من القانون المذكور عقوبة الحبس بأنها: «هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدَّة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص هذه المدَّة عن أربع وعشرين ساعةً، ولا أن تزيد عن ثلاث سنين». وقد تلجأ القوانين إلى التعريف بذكر الأنواع، مثلما هو الحال في المادة (١٩) من قانون العقوبات المصري التي نصَّت على أن عقوبة الحبس نوعان: الحبس البسيط، والحبس مع الشغل.

ويفيد ذكر هذه التعريفات ضمن مواد القانون ضبطَ المفاهيم، وتحديد المصطلحات، وتوحيد الفهم، فضلًا عن توفير الجهد بالاستغناء عن تكرار محاولات ضبط معاني الكلمات المعرفة. والقاعدة التي سبقت الإشارة إليها مما ذكره الزنجاني أنه: إذا دار اللفظ بين معناه اللغوي ومعناه الشرعي، ترجَّح حمله على معناه الشرعي[(٥٠)].

ب - **إدراك الترابط بين أجزاء النصِّ، وعدم الوقوف عند بعضه بمعزلٍ عن سائره**؛ ذلك أن تفسير جزء من النصِّ دون وعيٍ بأجزائه الأخرى يؤدي إلى فهمٍ مبتور ومشوَّش أحيانًا. وتعبِّر محكمة النقض عن هذا المعنى بأن الواجب عندَ تفسير النصوص القانونية مراعاة التناسق فيما بينها بعدم تفسير النصِّ بمعزلٍ عن الآخر[(٥١)].

ويلحُّ عليٌّ في توضيح هذا الواجب الإشارة - مرةً أخرى - إلى قوله تعالى في آية المداينة: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ ذلك أن جمهور الفقهاء قد فهموا من هذا أن شهادة المرأة على النصف من شهادة المرأة في القضاء باقتطاع هذه الآية عن سائرها، وعمَّا جاء في النصوص الأخرى من تحري الحقِّ والعدل والإثبات بالبينات. ويدلُّ النظر إلى سياق الآية على أن هذه الشهادة المطلوبة في الآية لتوثيق الديون المؤجَّلة في حالة السعة والاختيار عند نشوئها، حيث يستطيع الدائن اختيار الشهود

---

(٥٠) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص٢٧٢.

(٥١) الطعن رقم (١٠٧١٠)، لسنة ٧٦ق، بتاريخ (١٢/٤/٢٠٠٨م).

الذين يثق في تحمُّلهم وأدائهم، على خلاف حال القضاء الذي يتسم بضيق الاختيار؛ ولذا يجوز للقاضي عند كثيرٍ من الفقهاء أن يعتمد على شهادة النساء وحدهنَّ في الأمور التي ينفردن في الغالب بمشاهدتها والاطلاع عليه؛ كالولادة، وإثبات حياة الجنين بعد ولادته، كما يجوز للقاضي عند البعض الاعتماد على شهادة امرأة واحدة في التعزيرات. ولهذا ينبغي الاعتماد من باب أَوْلَى الاعتماد على شهادة المرأة في إقرار الحقوق والحكم بها إذا اطمأنَّ لصحَّة شهادتها. وينطبق هذا في القانون أيضًا.

من ذلك أن كلمة الاختلاس قد وردت في عددٍ من مواد قانون العقوبات المصري، المواد: (١١٢-١١٣-٣١١-٣٢٣-٣٤١)، ولا يمكن تحديد معنى هذه الجملة بالدقَّة الواجبة إلا بضمٍّ هذه السياقات المختلفة جميعها، للوصول إلى العناصر المشتركة بينها. وقد يبدو أن العنصر المشترك في هذه السياقات هو التخفي والسِّرية في الفعل المكوِّن للجريمة. أما محلُّ هذا الفعل، فقد يتعلَّق بالألقاب والوظائف والأموال والمستندات والوثائق. ولا يخفى أن النظر في هذه السياقات مجتمعة هو الذي يؤدي إلى تحديد المفهوم العام للاختلاس، وموازنته بالسرقة، وتحديد ما يشتركان فيه، ومقارنة مفهومهما القانوني بالسرقة في الاصطلاح الفقهي التي ترد على أخذ مال الغير على سبيل الخفية والاستسرار، وتختلف عن الغصب الذي يتميَّز عن السرقة في أن أخذ مال الغير لا يكون على هذا الوجه.

ج - **معرفة مقصود الشرع وما قصد إلى تجنُّبه أو إلغائه.** يوضِّحه أن قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾ [النساء: ٤] يفيد بوجه العبارة وجوب إعطاء الصداق إلى النساء، دون الأولياء، على سبيل الهدية والهِبة. ويتوقف فهم مدلول هذه العبارة على فهم غرض الشارع ومقصوده والأوضاع الاجتماعية التي أراد تغييرها. وإذ هدف الشارع إلى تغيير وضع المرأة الاجتماعي، بما يتناسب مع أهليتها في التكليف ومخاطبتها بواجباتٍ مماثلة لتلك التي يخاطب بها الرجل، فقد استتبع ذلك تغيير مركز المرأة في الزواج من وضع السلعة في البيع، حيث كان وليُّها هو الذي يعطيها في الزواج نظير ما يأخذه وليُّها من الزوج، على أن يكون من حقِّ الزوج أن يأخذ ما دفعه إن ردَّها إليه وفارقها، كما أنها كانت تنتقل عنه إلى وارثه إن مات قبلها. وقد أبطل القرآن ذلك بأوامر

متلاحقة، من بينها فيما يتعلَّق بالمهر أنه يجب إعطاؤه إليها لتتملكه هي، لا وليها، وأنه هِبةٌ لها ونحلة، حتى تستطيع أن تتنازل عن بعضه لزوجها. وطبقًا لذلك، فإن إيتاء المهر للزوجة لا يقصد منه إلا تمليكها إيَّاه لرفع منزلتها في الزواج لتكون طرفًا مكافئًا في العقد.

والأمر في القانون على هذا أيضًا؛ إذ إن تفسير النصوص التشريعية لا يتضح في أحوالٍ كثيرة إلا بمعرفة مقصود النصِّ، والوضع الذي أراد المشرِّع إلغاءه. وعلى سبيل المثال، فإن الفقرة الأولى من المادة (١٣٣) مدني مصري تنصُّ على أنه: «إذا لم يكن محلُّ الالتزام معينًا بذاته، وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره، وإلَّا كان العقد باطلًا». غير أن الحكم المستفاد من عبارة النصِّ لا يتضح إلا بمعرفة مقصوده، وهو رفع الغرر والجهالة عن محلِّ العقد حتى تتضح حقوق أطراف التعاقد والتزاماتهم، وحتى يمكن الوفاء بهذه الالتزامات. وسبيل ذلك فيما أخذت به المادة هو توضيح محلِّ التعاقد أو المعقود عليه تحديدًا واضحًا لا لبسَ فيه، وذلك بتعيين ذاته إن كان حاضرًا في مجلس العقد، أو بتعيين نوعه ومقداره وصفته مما يحصل به العلم بمحلِّ العقد.

ومجمل القول في دلالة «عبارة النص» أن لكلِّ نصٍّ من النصوص التشريعية دلالتَه بهذا الوجه؛ لأن المفترض أن هذه النصوص قد صِيغت بدقَّة لتحقيق مصالح معيَّنة ولدفعِ أضرار محدَّدة. وهذا الذي سِيق له النصُّ ويدلُّ عليه هو ما يستفاد من عبارة النصِّ.

ومما ساقه الأستاذ الجليل عبد الوهاب خلاف لدلالة العبارة: المادة (٢٧٤) من قانون العقوبات المصري التي تنصُّ على أن: «المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدَّة لا تزيد عن سنتين، ولكن لزوجها أن يوقف تنفيذ الحكم برضائه معاشرتها». فهذه المادة تدلُّ بوجه العبارة على أن عقوبة مثل هذه الزوجة الحبس إلى سنتين، وأن لزوجها وقف تنفيذ العقوبة برضائه معاشرتها. وكذا فإن المادة (١٩٤) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦/١٩٦٠) توجب العقوبة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنواتٍ على الزاني بمن بلغت إحدى وعشرين سنةً برضاها، إذا ضُبط متلبسًا، ولم يكن محرمًا منها. أما إذا زنى أحد الزوجين، وضُبط متلبسًا، فيعاقب بالحبس مدَّة لا

تزيد عن خمس سنواتٍ طبقًا للمادة (١٩٥)، وللزوج المجني عليه في المادة (١٩٧) أن يمنع إقامة الدعوى على الزوج الجاني، أو يوقف سير الإجراءات أو تنفيذ العقوبة على الزوجة إذا رضي استمرار العشرة. ولعلَّ منع الزوج المجني عليه إقامة الدعوى أو استمرارها أو وقف تنفيذ العقوبة مما قد يورث شبهة في نسبة الجريمة إلى الطرف الآخر المتهم بارتكابها؛ لأن المألوف أن تنفر نفسُ المجني عليه من استمرار العشرة مع من حدث منه هذا؛ لأن هذا القانون يجرم الزنا بين غير المتزوجين بالرضا، ويعاقب عيه بالحبس، طبقًا لما جاء في المادة (١٩٤)[٥٢].

المنطوق غير الصريح:

(٣) إشارة النصِّ:

يتفق الأحناف والمتكلمون - إلى حدٍّ كبير - في تصوُّرهم لدلالة الإشارة؛ فهي عند الأحناف دلالة اللفظ على معنى لا يتبادر من صيغة النصِّ، ولا يدلُّ عليه بعبارته، ولكنه يُفهم منه ويلزم عنه[٥٣]. ويعرِّف البزدوي الاستدلال بالإشارة بأنه: «العمل بما ثبت بنظمه لغةً، لكنه غير مقصود ولا

---

(٥٢) تنصُّ المادة (١٩٥) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦/١٩٦٠) على أن: «كل شخص متزوج - رجلًا كان أو امرأةً - اتصل جنسيًّا بغير زوجه، وهو راضٍ بذلك، وضُبط متلبسًا بالجريمة؛ يعاقب بالحبس مدَّة لا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين». ونصَّت المادة (١٩٦) من القانون المذكور على: «يعاقب شريك الزوجة الزانية، وشريكة الزوج الزاني إذا كان كلٌّ منهما يعلم أو يستطيع أن يعلم أن من زنى معه متزوج بالحبس مدَّة لا تجوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تجوز ثلاثة آلاف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين». ونصَّت المادة (١٩٧) من هذا القانون على أنه: «يجوز للزوج المجني عليه أن يمنع إقامة الدعوى الجزائية على الزوج الزاني - رجلًا كان أو امرأة - وعلى شريكه، أو يوقف سير الإجراءات في أية حالة كانت عليها، بشرط أن يقبل استمرار المعاشرة الزوجية كما كانت. ولهذا الزوج أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي برضائه استمرار الحياة الزوجية». وتنصُّ المادة (١٩٤) من القانون نفسه على أن: «كل من واقع امرأة بلغت الحادية والعشرين برضاها، ولم تكن محرمًا منه، وضُبط متلبسًا بالجريمة؛ يعاقب بالحبس مدَّة لا تجاوز ثلاث سنوات، ولا تقلُّ عن ستة أشهر. ويحكم بالعقوبة نفسها على المرأة التي رضيت بهذا الفعل».

(٥٣) الإحكام للآمدي (٣/ ٦١)، وتيسير التحرير لأمير بادشاه (١/ ٩٣).

سيق له النصُّ»(٥٤). والثابت بالإشارة عند السرخسي: «ما لم يكن السياق لأجله، لكنه يُعلم بالتأمُّل في معنى اللفظ من غير زيادة فيه ولا نقصان، ونظير ذلك من المحسوس أن ينظر الإنسان إلى شخصٍ هو مقبل عليه ويدرك آخرين بلحظات بصره يمنة ويسرة، وإن كان غرضه رؤية المقبل فقط»(٥٥). ولا يخرج عن ذلك عند المتكلمين، فهو عند الغزالي: «ما يتبع اللفظ من غير تجريد قصد إليه؛ فكما أن المتكلِّم قد يُفهِم بإشارته وحركته في أثناء كلامه ما لا يدلُّ عليه نفس اللفظ فيُسمَّى إشارة، فكذلك قد يتبع اللفظ ما لم يقصد به ويبنى عليه»(٥٦).

وتفترق إشارة النصِّ عن عبارته في أن المعنى الذي يستفاد بالإشارة غير مقصودٍ من سوق النصِّ. من ذلك ما فهمه البعض من قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]؛ إذ يدلُّ النصُّ بعبارته على وجوب اختبار اليتيم وتدريبه على التصرفات المالية، وعلى وجوب دفع ماله إليه عند بلوغه الرشد، والقدرة على حسن التصرف في المال. ويدلُّ هذا النصُّ بإشارته فيما فهمه بعض الفقهاء على أن للنكاح سنًّا معينة، حتى إنه لا حقَّ للأولياء في زواج الصغار الذين لم يبلغوا هذه السنَّ.

ومنه كذلك في بيان ميراث الأُمِّ أنها تستحقُّ السدس إذا وجِد عددٌ من الإخوة. وفي هذا جاء قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]؛ إذ يدلُّ النصُّ بعبارته على أن السدس هو ميراث الأُمِّ في وجود العدد من الإخوة، ويفيد بإشارته أن الأُمَّ لا تحجب الإخوة؛ لأنهم هم الذين أثروا في نصيبها وما تستحقه في ميراثها بحجبها من الثلث إلى السدس.

ومنه كذلك قوله في بيان المستحقين للغنائم: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُواْ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾ [الحشر: ٨]، فإن النصَّ يدلُّ بعبارته على استحقاق المهاجرين فيما يغنمه الجيش المسلم باعتبارهم من الفقراء، لكنه يدلُّ بإشارته

---

(٥٤) الكافي شرح البزدوي لحسام الدين السغناقي (١/ ٢٥٩)، وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٢/ ٢٢٠).

(٥٥) أصول السرخسي (١/ ٢٣٦).

(٥٦) المستصفى للغزالي (٢/ ١٨٨).

على عدم ملكيَّة هؤلاء المهاجرين ما كان لهم من مالٍ قبل الهجرة؛ لأن معنى الفقر عدم ملكيَّة شيء، وعلى انتقال ملكيَّة أموالهم إلى غير المسلمين الذين استولوا عليها، بدليل وصفهم بالفقراء، ومعناه أنه لا مال لهم، وعلى أن الاستيلاء في ظروفٍ خاصَّة قد يكون سببًا للمِلك أو الاختصاص بشرط الحيازة(٥٧).

ويدلُّ قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] من جهة عبارة النصِّ أن نفقة الأمهات واجبةٌ على الآباء، كما يدلُّ بإشارته على ثبوت نسب الابن من الأب؛ لأنه هو المولود له، كما جاء في الآية؛ فاللام تفيد الاختصاص. وبهذا فإن الابن مختصٌّ بالأب. ويدلُّ النصُّ من جهة الإشارة كذلك على أن نفقة الابن واجبةٌ على الأب، وعلى أن للأب أن يأخذ من مال الابن قدر حاجته؛ وذلك لأن اللام المفيدة للاختصاص تدلُّ على أن الابن تبعٌ لأبيه ومنتسبٌ إليه، وهو كالجزء منه، فيحق له عند الحاجة أن يأخذ ما يحتاج إليه من مال ابنه.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٦]، وقوله في آية أخرى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، فدلَّ من جهة الإشارة على أن أقلَّ مدَّة للحمل هي ستة أشهر.

ومن الواضح أن فهم دلالة الإشارة لنصٍّ من النصوص يستلزم جهدًا وتأملًا ومعايشةً للنصِّ أكثر مما هو لازم لفهم ما تدلُّ عليه عبارته وصيغته ولفظه؛ «لأن الثابت بإشارة النصِّ قد يكون غامضًا، بحيث لا يفهمه كثيرٌ من الأذكياء كانفراد الأب بالإنفاق»(٥٨). ولا شكَّ في أن القضاة يستندون في أحكامهم إلى إشارات النصوص في أحيانٍ كثيرة. من ذلك أن الفقرة الثانية من المادة (١٦) من مرسوم رقم (١٠٠) لسنة (١٩٨٥م)، تضمَّنت أن: «على القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوافر شروطه، أن يفرض للزوجة ولصغارها منه نفقة مؤقتة بحاجتها الضرورية».

(٥٧) التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٥١).
(٥٨) نفسه (١/ ٢٥٠).

ويدلُّ هذا النصُّ بعبارته على جوب فرض نفقة مؤقتة للزوجة ولصغارها منه عند اطمئنان القاضي إلى قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروط هذا الاستحقاق.

ويدلُّ هذا النصُّ بعبارته على أن هذه النفقة مقدَّرة لسدِّ الحاجات الضرورية، وهي النفقة التي تُفرض لزوجة المعسر، أو ما يعبر عنه بنفقة الفقراء.

ومن جهة أخرى، فإن هذا النصَّ يدلُّ بإشارته على أن هذه النفقة تُستَحقُّ من تاريخ الحكم بها، لا من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق، فلا تشمل النفقة المؤقتة الفترة السابقة على صدور الحكم (متجمد النفقة)؛ لأن المؤقتة قد شُرعت لسدِّ الحاجة الضرورية، وقد اندفعت في الماضي فلا يُقضى على الزوج بها في المؤقت المقصود به مواجهة الضرورة.

ومنه كذلك أن المادة الرابعة من القانون (٦٢) لسنة (١٩٧٦م) بشأن تعديل بعض أحكام النفقات قد نصَّت على الحدِّ الأقصى لما يجوز الحجز عليه من المرتبات أو الأجور أو المعاشات بالنِّسب التالية: ٢٥٪ للزوجة أو المطلقة، وفي حالة وجود أكثر من واحدة يُوزَّع هذا القدر بينهنَّ بنسبة ما حكم به، و(٣٥٪) للابن الواحد أو الأكثر على أن يُوزَّع بينهم بنسبة ما حكم به لكلٍّ منهم. وفي جميع الأحوال، لا يجوز أن تجاوز النسبة التي يجوز الحجز عليها (٤٠٪) أيًّا كان دَين النفقة المحجوز من أجله.

وقد نصَّت المادة الثامنة من هذا القانون على أنه: «في حالة التزاحم، تكون الأولوية لدَين نفقة الزوجة أو المطلَّقة، فنفقة الأبناء، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى».

وتدلُّ هاتان المادتان بعبارتهما على أحكام عديدة، منها نِسب الحجز المقرَّرة على المرتبات والمعاشات (٢٥٪) للزوجةٍ أو المطلقة، و(٣٥٪) للابن الواحد أو الأكثر.

ومنها تحديد الأولويات في الاستحقاق من هذه النِّسب، ومنها أنه لا يجوز الحجز على أكثر من نسبة (٤٠٪) من راتب الموظف أو معاشه أو الأجر الذي يحصل عليه.

ومن جهة أخرى، فإن هاتين المادتين تدلان بإشارتهما على أحكام أخرى عديدة، منها أنه لو وجِد ابن مستحقٌّ للنفقة، وحُجز له على نسبة (٣٥٪) من المرتب، فإنه لا يبقى إلا (٥٪) من نسبة (٤٠٪) التي لا يجوز الحجز على نسبة أكبر منها؛ فلو استحقَّ النفقة أحد الأقارب من غير الأبناء لم يحجز له من المرتب أو للمعاش أو الأجر إلا على ما يمثِّل نسبة (٥٪).

وتدلُّ هاتان المادتان بوجه الإشارة كذلك على أن تسمية (٤٠٪) من المرتبات والمعاشات التي يجوز الحجز عليها خاصةٌ بديون النفقات، أما الديون الأخرى غيرها فتظل نسبة الربع هي التي يجوز الحجز عليها، وفقًا لما تقرِّره التشريعات السارية بالنسبة إلى سائر الديون التي يجوز الحجز من أجلها[٥٩].

ومما تدلُّ عليه المادتان بوجه الإشارة أن الحجز على ما يزيد عن هذه النِّسب المقرَّرة يكون باطلًا في حدود الزيادة وحدها، ويصحُّ فيما يتعلَّق بالنسبة المحددة قانونًا، وهي نسبة (٤٠٪).

ولعل هذه الأمثلة أن توضِّح لنا أهمية المدلولات التي يفيدها النصُّ بإشاراته وإيماءاته في التطبيق القانوني. وتفيد المادة (١٩٤) السابقة الذكر من قانون الجزاء الكويتي بوجه الإشارة تجريمَ الزنا بالرضا بين غير المتزوجين، باعتباره جريمةً عامَّة ضد المجتمع. أما المادتان الأُخريان، فتفيدان بوجه الإشارة أن زنا الزوج - رجلًا كان أو امرأة - جريمةٌ خاصَّة ضد الطرف الآخر «المجني عليه»، حتى يحقَّ له منع إقامة الدعوى، ووقف إجراءاتها، ووقف تنفيذ الحكم.

(٤) اقتضاء النصِّ:

هي دلالة الجملة أو الصيغة على أمر لم ينطق به المتكلِّم، لتوقُّف صلاحية الجملة أو الصيغة في إفادة معناها على تقدير هذا الأمر؛ فالاقتضاء

---

(٥٩) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة (١٩٩٦م)، ص٦٠٥.

إذن: «زيادة على المنصوص يُشترط تقديمه ليصير المنصوص مفيدًا أو موجبًا للحكم»[٦٠]. وفي اعتباره من نوع المنطوق تجوُّز؛ لأنه ليس منطوقًا، وإن كان المنطوق هو الذي دلَّ عليه.

ويعرِّفه التفتازاني بأنه: «دلالة الكلام على معنى يتوقَّف على تقديره صدق الكلام أو صحته شرعًا أو عقلًا»[٦١].

ويُطلق على هذا الأمر الواجب التقدير المقتضى - بفتح الضاد.

ويُطلق على الدليل الموجب للتقدير المقتضي - بكسر الضاد.

من ذلك أن قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيَّات» يقتضي تقدير محذوف، هو حكم الأعمال أو الكمال، والأقرب تقدير الصحَّة[٦٢]. وتطبيقًا عليه، فإن من يقتل شخصًا على سبيل العمد يكون حكمه القصاص، أما من يقتله على سبيل الخطأ فإنه لا يعاقب بهذه العقوبة وتجب الدية.

ومن هذا يتضح أن اقتضاء النصِّ هو دلالة الكلام الملفوظ على أمر مسكوتٍ عنه، ويلزم تقديره حتى يستقيم الكلام الملفوظ ويفيد معناه.

ومن ذلك أن قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، يقتضي تقدير أمر هو الزواج، فيصير المعنى: حُرِّم عليكم زواج أمهاتكم. ومن ذلك أن قول النبي ﷺ: «**رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان**»، لا يُفهم إلا بتقدير أن المرفوع هو الإثم، فإن الخطأ نفسه لا يرتفع بعد وقوعه؛ لأنه وقع وانتهى، وإنما الذي يرتفع هو حكمه الذي يوجبه، وهو الإثم، دون غيره، وهو الضمان والتعويض.

ومن ذلك قوله أيضًا: «**لا صيام لمن لم يبيِّت الصيام من الليل**»؛ فقد نفى الصوم وليس المراد نفسه، بل المراد حكمه وقبوله، فوجب الإمساك على من لم يبيت النيَّة من الليل باقتضاء النصِّ وضرورته.

ومنه كذلك قوله: «**لا ضرر ولا ضرار**»، فإن من اللازم فهم ذلك بمعنى أنه لا

---

(٦٠) التلويح (١/ ٢٦٣)، وأصول السرخسي (١/ ٢٤٨).

(٦١) التلويح (١/ ٢٦٢)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٣/ ٤٣١).

(٦٢) شرح الكوكب المنير لابن النجار (٣/ ٤٣١).

ضرر ولا ضرار يُترَك على حاله، وإنما يجب تعويض من يلحق الضرر بنفسه أو ماله أو أي حقٍّ من حقوقه، بنقل الضرر إلى من أوقعه. وإنما اضطررنا إلى هذا التقدير؛ لأن نفي الضرر والضرار لا يُفهم بمعنى نفي وجودهما في الواقع؛ إذ المشاهد أن الضرر موجودٌ في الواقع، فيبقى اختصاص النفي بأمر آخر غير الوجود في الواقع، وهو الترك دون تعويض أو عمل على رفعه بأي طريق.

(أ) عموم المقتضي:

تقدَّم أنه إذا كان الذي يصحُّ أو يجب تقديره (المقتضى) عدَّة أمور يختلف معنى الكلام باختيار أيٍّ منها، فمذهب الشافعية تقدير جميعها، وعمومه فيها حتى يشملها كلها. ويخالف الأحناف في هذا، ويوجبون الاكتفاء بإثبات أمر واحد؛ لأن المقتضى وجب تقديره للضرورة، وتندفع الضرورة بتقدير أمر واحد ليصبح الكلام مفيدًا.

من نتائج هذا الخلاف:

أن قوله: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» يقتضي تقدير أمر ليصح الكلام، وهو الإثم وحده في تقدير الأحناف؛ ولذا لو طلَّق زوجته وهو مُكْرَه فلا إثم عليه شرعًا، غير أن الطلاق يقع؛ لأن المرفوع هو الإثم وحده.

أما الشافعية فلا يحصرون المقتضى في الإثم ويقدِّرون مقتضى آخر هو الحكم الدنيوي، ويجعلون المقتضي في ذلك كلًّا من الإثم الأخروي، والحكم الدنيوي؛ ولذا لا يحكمون بوقوع طلاق المُكره. ويستدلون لحكمهم هذا بما روي: «أن رجلًا على عهد عمر بن الخطاب تدلَّى به حبل ليشتار (أي يجني) عسلًا، فأتت امرأته فجلست على الحبل، فقالت: ليطلقها ثلاثًا وإلا قطعت الحبل، فذكَّرها الله والإسلام، فأبت، فطلقها ثلاثًا، ثم خرج إلى عمر فذكر ذلك له فقال: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق»[٦٣].

---

(٦٣) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار للشوكاني، إدارة الطباعة المنيرية، (بدون تاريخ طبع)، (٦/ ٢٥٠).

ولا غنى في تفسير النصوص التشريعية عن إعمال دلالة الاقتضاء وتقدير الأمر المحذوف، حتى يستقيم الكلام ويفيد المعنى المراد منه. وإنما لا يجري ذكر هذا المحذوف عند صياغة النصِّ لأسبابٍ تتعلَّق باللغة وأساليبها في التعبير والبيان والاعتماد على القرائن، وتركيز المعنى والاختصار دونما تضحية بالوضوح لوجود القرائن اللازمة لاستدعاء القارئ أو المخاطب بالنصِّ الكلمات المحذوفة.

ومن أمثلة دلالة الاقتضاء ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (١١١) من القانون المدني المصري التي نصَّت على أنه: «إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية (أي بأن يكون طرفًا في التعاقد) صحيحةً متى كانت نافعةً نفعًا محضًا»، وذلك كقبوله الهبة أو الوصية؛ إذ يلزم تقدير ما بين القوسين حتى يمكن فهم مدلول هذه الفقرة. وكذلك فإن الفقرة الثانية من المادة نفسها تنصُّ على أنه: وأما التصرفات المالية (أي في التعاقد كذلك) الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلةً للإبطال لمصلحة القاصر (أي من جهة وليِّه)». ويلزم تقدير ما بين الأقواس حتى يستقيم الوصول إلى معنى هاتين الفقرتين.

ويجب التنبيه عند قراءة النصوص التشريعية إلى وجوب تدبُّر ما اقتضاه نظام اللغة من حذف، وتتبُّع القرائن الضرورية في التعبير لفهم هذه النصوص؛ ولهذا كانت الثقافة اللغوية الواسعة من أوجب ما تستلزمه الدراسات القانونية والفهم القانوني للنصوص التشريعية.

ويضرب المستشار بدر المنياوي مثالًا لدلالة الاقتضاء لا بأس بنقله هنا، يقول: «فمن دلالة الاقتضاء التي هي دلالة النصِّ على أمر (محذوف) يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلًا أو شرعًا (قانونًا) ما جاء في المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصري، في قولها: «يوجد اتفاق جنائيٌّ كلما اتفق شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما»؛ فالمشرِّع لا يعني هنا اتحاد النيتين، وإنما يقصد اتحاد إرادتهما، مما يلزم عنه اقتضاء تقدير كلمة «إرادة» حتى يستقيم الكلام، وليكون المعنى: يوجد اتفاق جنائيٌّ كلما اتحدت إرادة شخصين أو أكثر، وهذا هو ذات المعنى الذي أخذت به محكمة النقض حين قالت: إنه لا يشترط لتكوين جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة

(٤٨) من قانون العقوبات أكثر من اتحاد إرادة شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة»[٦٤].

وأودُّ أن أؤكِّد أهمية الالتفات إلى كثرة وقوع الحذف والتقدير في النصوص التشريعية وغيرها، مما يقتضيه نظام اللغة في التعبير، حيث يجري البيان اللغوي في العادة على عدم الإسراف في استخدام الكلمات، وحذف ما يمكن للمخاطَب فهمه بالاعتماد على وعيه بالسياق اللغوي والقرائن المختلفة. وأكثر النصوص القانونية مما عساه أن يعتمد فهمه على تقدير المقتضيات المحذوفة، حتى ما قد لا يفطن إليه منها لشدَّة وضوحه. من ذلك أن المادة (٢٦٧) من قانون العقوبات المصري تنصُّ على أن «من واقَع أنثى بغير رضائها يعاقب بالأشغال الشاقَّة المؤبَّدة أو المؤقَّتة»، ثم يأتي في المادة ذاتها النصُّ على أنه: «فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها، يعاقب بالأشغال الشاقَّة المؤبَّدة». ومن الواضح أننا يجب أن نقرأ «فإذا كان الفاعل» أي لهذه المواقعة مطلقًا برضاء أو بغير رضاء الأنثى. ولا تنتهي الأمثلة التي يمكن حشدها لوقوع دلالة الاقتضاء في النصوص التشريعية.

(ب) حجيَّة دلالة الإشارة:

لا خلاف بين الأحناف والمتكلمين في حجيَّة دلالة الإشارة والعمل بالأحكام التي تفيدها. ويرى البعض أنها بمنزلة دلالة العبارة، ومساوية لها في الاستناد إلى النصِّ نفسه؛ «لأن الثابت بكل واحدٍ منهما ثابتٌ بنفس النَّظْم»[٦٥]. ويضعها كثيرون في مرتبة تالية لدلالة العبارة، حتى تتقدَّم عليها عند التعارض بينهما.

(٥) دلالة النصِّ أو مفهوم الموافقة:

المفهوم بوجه العموم هو: «بيان حكم المسكوت بدلالة لفظ

---

(٦٤) المستشار بدر المنياوي، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية على ضوء أصول الفقه الإسلامي، ص٤٤.

(٦٥) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (١/ ٧٢).

المنطوق»[٦٦]؛ فإن وافق حكم المسكوت عنه المنطوق فهو مفهوم الموافقة، وإن اختلفا فهو مفهوم المخالفة. ويُسمَّى الموافق كذلك فحوى الخطاب ولحنه، مما يرد كذلك في عبارات محكمة النقض المصرية على ما تقدَّم. ويعني مفهوم الموافقة بهذا دلالة اللفظ على الحكم في مسألة مسكوتٍ عنها لاشتراكها مع ما هو منصوص في المعنى الذي شُرع من أجله هذا الحكم.

من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾﴾ [البقرة: ١٨٨] يدلُّ بصيغته على حرمة أكل مال الغير أو الاستيلاء عليه أو غصبه وأخذه. غير أنه يدلُّ بوجه دلالة النصِّ على أن إحراق مال الغير أو إتلافه داخلٌ في النهي كذلك، وإن لم تدل عليه عبارة النصِّ ولا إشارته ولا مقتضاه، وإنما أتى هذا النهي من دلالة النصِّ نفسه.

والمثال البالغ الشهرة في ذلك مستمدٌّ مما هو واجب في معاملة الوالدين عند الكِبر؛ فقوله تعالى: ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]؛ فإنه يدلُّ بعبارته على حرمة التأفيف أو النَّهر لهما أو الغلظة في القول. ويستفاد من دلالة هذا النصِّ أنه لا يجوز الإيذاء بالسبِّ أو بالضرب، أو بما هو أبلغ في الإيذاء من التأفيف أو الغلظة، وإذ يتجه النصُّ بالحكم للرجال فإن النساء يدخلن فيه بدلالة النصوص. وهذه الدلالة تُسمَّى عند الشافعية مفهوم الموافقة، ومعناها ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاتفاقهما في العلَّة، واشتراكهما في معنى يُدرَك بمجرَّد معرفة اللغة، دونما حاجة لنظر واجتهاد.

ومنه كذلك قوله ﷺ في المسلمين: «يسعى بذمتهم أدناهم»؛ فإنه يفيد ثبوت الذمَّة لأعلاهم بطريق الأولى[٦٧]. ومنه قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥]، مفهومه أن أمانته تحصل في الأموال اليسيرة القيمة من باب أَوْلَى.

---

(٦٦) البحر المحيط للزركشي (٤/ ٥).

(٦٧) البحر المحيط (٤/ ٩).

ويطلق البعض على دلالة النصِّ دلالةَ الدلالة؛ لأنها تؤخذ من معنى النصِّ لا من لفظه ومنطوقه، على حين يسميها آخرون فحوى الخطاب أي معناه وما يدلُّ عليه؛ لأن الفحوى هو المعنى، مثلما يطلق عليها البعض لحن الخطاب؛ إذ اللحن هو المعنى كذلك. لكن يميز ابن السبكي بين لحن الخطاب وفحواه بأنه إن كان المعنى المسكوت عنه أوضح من المنطوق، كالضرب بالقياس إلى التأفيف، فهو الفحوى، وإن تساويا كالتضجُّر فهو من لحنِ الخطاب[68].

ونصُّ المادة (٢٣) عقوبات مصري أن: «من فاجأ زوجته حال تلبُّسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومَنْ يزني بها يعاقب بالحبس بدلًا من العقوبات المقرَّرة في المادتين (٢٣٤-٢٣٦)»، ويلتحق بالقتل للزوجة والشريك حال التلبُّس بالزنا من باب أَوْلَى بدلالة الموافقة ضربهما أو جرحهما أو إصابتهما بعاهة مستدامة أو التسبُّب في بَتْرِ عضوٍ أو فَقْدِ منفعته أو فقء عين، وما إلى ذلك من صور الإيذاء البدني الذي يقلُّ عن القتل. وإذ يعاقب الزوج عقوبة مخفَّفة في هذه الحالة لعذر الاستفزاز، فمعناه بوجه الإشارة أن فعله يُعَدُّ جريمةً تبيح لكلٍّ من الزوجة وشريكها استعمال القوة اللازمة للدفاع عن النَّفْسِ على النحو المبيَّن في المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات المصري، حتى ولو أدى استعمال هذا الحق إلى قتل الزوج[69].

ويتناقض حقُّ الزاني وشريكته في استعمال القوة اللازمة للدفاع عن نفسيهما إلى حدِّ قتل الزوج مع ما هو مقرَّر في الفقه الإسلامي من آراء لا تعطي الزوج الحقَّ في الانتقام، ولا تعذره بالاستفزاز، فإن قتلهما عمدًا أو خطأ وجب عليه ما هو واجب في القتل العمد أو الخطأ، وإذا اتهمهما بالزنا دون تقديم أربعة شهود أو إقرار وجبت عقوبة القذف[70].

---

(٦٨) جمع الجوامع لابن السبكي (١/ ٢٤١).

(٦٩) يختلف ذلك عن منطق الفقهاء المسلمين الذين لا يعترفون بعذر الاستفزاز.

(٧٠) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق، سنة (١٩٦١م)، (٦/ ٤٢)؛ وزاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، (١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م)، (٢/ ٣٩٢).

نوع دلالة النصّ أو مفهوم الموافقة:

رغم اتفاق الأصوليين على قوة دلالة النصّ، وفائدته في العمل، وعدم جواز تجاهله؛ فإنهم يختلفون في تحديد نوع دلالته إلى الرأيين التاليين:

أ - ذهب الأحناف وبعض الشافعية إلى أن **الثابت بدلالة النصّ أو الموافقة ثابتٌ بظاهر النصّ نفسه**، لا بالقياس عليه، والانتقال من أصلٍ إلى فرعٍ؛ لأن المعنى الذي يُدرَك بدلالة النصّ إنما يثبت بمعرفة المعنى اللغوي وسياقه؛ ولذا فإن تحريم الشتم والضرب للوالدين إنما يفهمه من تحريم التأفيف كلُّ من له معرفة باللغة وفهم لدلالاتها، دونما حاجة إلى إجراء قياسٍ بتحديد علَّة وانتقال من أصلٍ إلى فرعٍ.

ب - مذهب الشافعي وبعض المتكلمين **إلحاق دلالة النصّ بالقياس الأوْلَى أو المساوي**. وإنما التحقت هذه الدلالة بالقياس الأولى أو الجليّ لكون علَّة الفرع فيه مساوية أو أقوى لعلَّة الأصل. ويؤكِّدون رأيهم هذا بأن مفهوم الموافقة يتضمَّن إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه، لاشتراكهما في علة الحكم ومعناه، وليس القياس إلَّا هذا، وإن كان وضوح العلَّة في الفرع بنفس درجة وضوحها في الأصل أو أكثر هو الذي ارتقى بمفهوم الموافقة إلى مرتبة القياس الجليّ.

ويبدو أن الخلاف في تحديد نوع دلالة النصّ، بين نصية أو قياسية، قد أثير منذ أيام الشافعي؛ إذ يشير في رسالته إلى أن القياس درجات، أعلاها أن يحرِّم الله في كتابه أو يحرِّم رسولُه القليلَ من الشيء، فيُعلَم أن الكثير حكمه كذلك، أو أن يباح الشيء الكثير فيُعلَم إباحة القليل منه.

من ذلك أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرَّم من المؤمن دَمَهُ ومَالَهُ وأن يُظَنَّ به إلا خيرًا»، فإذا حُرِّم الظنُّ بالمسلم ظنًّا سيئًا كان ما هو أكثر من الظنِّ كالتصريح أَوْلَى في التحريم، وكذلك فإن من يعمل أكثر من الذرة فسوف يراه أيضًا لقول الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ عَلَىٰ ذَٰلِكَ لَشَهِيدٌ ۝٧ وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ۝٨﴾ [الزلزلة: ٧-٨][71].

---

(٧١) الرسالة، ص٥١٤ وما بعدها.

ويذهب أهل العلم فيما يراه إلى أن «ما عدا النصّ من الكتاب والسُّنة فكان في معناه فهو قياسٌ»[٧٢]. وعلى الرغم من إحساس الشافعي بأهمية الخلاف حول نوع دلالة النصِّ بين كونها لفظيةً أو قياسيةً، فقد أوضح الجويني والغزالي أن الخلاف نظريٌّ، ولا يعدو كونه خلافًا في التسمية والاصطلاح[٧٣].

لكن ابن حزم أراد استعادته مرةً أخرى وانحاز إلى اعتباره قياسًا يستوجب الردَّ للأسباب التي تستوجب عنده ردَّ القياس. يقول: «وقد شغَّب أصحاب القياس بأشياء موَّهوا بها؛ فممَّا شغَّبوا به أن قالوا: قال الله عز وجل: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، فوجب إذن بالمنع من قول: «أف» للوالدين أن يكون ضربهما أو قتلهما أيضًا ممنوعًا؛ لأنهما أَوْلَى من قول: «أف»»[٧٤]. ويستطرد ابن حزم إلى ردِّ هذا الاستدلال بأن المنع من الضرب والقتل للوالدين لم يستند إلى النهي عن التأفيف، وإنما قام على الأمر بالإحسان إلى الوالدين والرحمة بهما وخفض جناح الذلِّ والدعاء لهما بالرحمة جزاء ما بذلاه في التربية أثناء الصغر. وبهذه الألفاظ والأحاديث الواردة في المعاني ذاتها وجب، «بِرُّ الوالدين بكل وجهٍ وبكل معنى، والمنع من كل ضرر وعقوق بأي وجهٍ كان»[٧٥].

وإذ ينقل الزركشي الإجماع على العمل بمفهوم المخالفة[٧٦]، فإنه لا غنى للمشتغل بالعمل القانوني عن تتبُّع دلالات النصوص التشريعية بصيغتها وفحواها ومفهومها الموافق لها. ولا يجد المتأمِّل لهذه النصوص عناءً كبيرًا في إدراك المفهوم الموافق للمنطوق في أحوالٍ كثيرة.

من ذلك أن المادة (٢٦٩) من قانون العقوبات المصري تنصُّ على أن: «كل من هتك عرضَ صبيٍّ أو صبية لم يبلغ كلٌّ منهما ثماني عشرة سنةً كاملة بغير قوة أو تهديد، يعاقب بالحبس. وإذا كان سنُّه لم يبلغ سبعَ سنين كاملة أو

---

(٧٢) الرسالة، ص٥١٦ وما بعدها.

(٧٣) المستصفى للغزالي (٢/ ١٩٠) وما بعدها.

(٧٤) الإحكام لابن حزم (٧/ ٩٣١).

(٧٥) نفسه (٧/ ٩٣٢).

(٧٦) البحر المحيط (٤/ ١٢).

كان من وقعت منه الجريمة ممَّن نصَّ عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧)، تكون العقوبة السجن المشدَّد». ومن الواضح أن العقوبة قد زادت في هذه المادة لصغر سنِّ المجني عليه، عندما لا تصل سنُّه إلى سبع سنين؛ وذلك للحاجة إلى تشديد الحماية في حقِّه، ومنع الاعتداء عليه، خاصةً وأنه لا يستطيع دفع العدوان، بل لا يتمكَّن من فهم طبيعته ولا تقدير نتائجه. ويجب أن ينطبق ذلك من باب أَوْلَى على المجنون والمعتوه وفاقد الإدراك لأيِّ سببٍ من الأسباب؛ لأن الصغير قبل السابعة قد يميز نوعًا من التمييز القاصر أو الناقص، أما المجنون والمعتوه وفاقد الإدراك فهم لا يميزون؛ ولذا كانت الحاجة إلى حمايتهم أمسَّ وأكثر من الحاجة إلى حماية الصغير، أو مساويةً لها في الأقل؛ ولذا وجب تغليظ العقوبة على الجاني المعتدي على أيٍّ من هؤلاء ومعاقبته بالسجن المشدَّد، إعمالًا للمفهوم الموافق لهذه المادة.

والعقوبة الحديَّة في الشريعة في مثل هذه الحالة هي العقوبة المعروفة على جريمة الزنا إن ثبتت بالإقرار أو بشهادة أربعة شهود يرون الفعل ذاته. ولا مانع من فرض هذه العقوبة التعزيرية إن لم تثبت الجريمة بأيٍّ من الإقرار أو هذه الشهادة.

وكذلك فإن المادة (٢٧٦) من القانون ذاته قد حدَّدت الأدلَّة التي تكون حجَّةً على المتهم بالزنا، وهي: «القبض عليه حين تلبُّسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلمٍ في المحلِّ المخصَّص للحريم». وتدلُّ هذه المادة بفحواها على حجيَّة إثبات جريمة الزنا بقرائن أخرى أقوى من المكاتيب والأوراق والوجود في منزل المسلم، أو تتساوى مع هذه القرائن، مثل هروب الزوجة وحياتها مع المتهم في مكانٍ واحدٍ فترة من الوقت، أو تكرُّر زياراتهما في وقتٍ ومكانٍ يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما.

ومن أمثلة مفهوم الموافقة، وثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه، للتساوي بينهما في علَّة الحكم ومقصوده، أو لوضوحها أكثر في المسكوت عنه ما جاء في المادة (٢٨٠) عقوبات مصري، ونصُّها: «كل من قبض على أيِّ شخص أو حجزه وحبسه بدون أمر أحد الحكَّام المختصين بذلك، وفي غير

الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذي الشبهة؛ يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد عن مائتي جنيه». ويجب أن تنطبق هذه العقوبة رغم عدم تناسبها مع الجرم على كل صور تقييد الحركة أو التضييق على الحرية، كالمنع من مغادرة المنزل مما يؤدي إلى حرمان الشخص من حريته. ذلك أنه «لمَّا كان القبض على شخصٍ هو إمساكه من جسمه وتقييد حركته، وحرمانه من حرية التجول، وكان حبس الشخص أو حجزه يُعَدُّ حرمانًا له من حريته وقتًا طال أو قصر؛ فإنه يتعيَّن القول بأن الشارع يعتبر كل حدٍّ من حرية الشخص في التحرك، سواء عدَّ ذلك قبضًا أو حبسًا أو حجزًا، يعاقب عليه في كلتا المادتين (٢٨٠-٢٨٢)»[٧٧]. ومن دلالة مفهوم الموافقة كذلك ما جرى به قضاء النقض في أحكامه التي اتجهت إلى أنه لا يجوز من باب أَوْلَى الطعنُ بطريق النقض، حيث ينغلق باب الطعن بطريق الاستئناف؛ «إذ لا يقبل أن يكون الشارع قد أقفل باب الاستئناف في الحكم، وفي الوقت ذاته يجيز الطعن بطريق النقض»[٧٨].

ومن أمثلة دلالة مفهوم الموافقة كذلك أن الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) مدني تنصُّ على أن: «حارس البناء ولو لم يكن مالكًا له مسؤول عمَّا يحدثه انهدام البناء من ضرر». ويتفق معه إثبات المسؤولية على هذا الحارس لو كان هو المالك، أو كان هو الذي أمر بهدم البناء، أو هو الذي تولَّى هدمه بنفسه، دون أن يتخذ من التحوُّط ما يمنع من وقوع ضرر بالغير. ومن الواضح أن إثبات المسؤولية في الأحوال المسكوت عنها أَوْلَى من إثباتها في الأحوال المنطوق بها.

ويؤدي الاستناد لمفهوم الموافقة إلى توسيع مجال عمل النصوص، وتطبيقها في أحوالٍ أخرى غير تلك المنصوص على حكمها. ولا شكَّ أن الاقتصار على المنطوق وحده دون المفهوم الموافق المساوي أو الأولى مما يعوق المساواة والعدالة في تطبيق القانون. وإلَّا فكيف يسوغ إهدار رضا الصغير في الاغتصاب، دون المعتوه والمجنون. ولا يقتصر هتكُ العرض المجرَّم في المادة (٢٦٨) عقوبات مصري على التعدي على العورة المغلظة، بل يشمل

---

(٧٧) علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، ص٤٧.
(٧٨) نقض جلسة (١٠/٦/ ١٩٧٤)، س ٢٥، ق ١٢٥، ص٥٨٩.

الضمَّ والتقبيل والإمساك بالكتفين، وما إلى ذلك مما يمثِّل خدشًا للحياء العرضي. ولا خلاف بين الأصوليين في إعمال مفهوم الموافقة، وإنما الخلاف بينهم في اعتباره من قبيل المنطوق، ودلالة الصيغة، أو أنه يعمل في إطار قياسٍ يفتقر إلى تحديد العلَّة وتعديتها إلى الفرع المسكوت عنه.

ويتوقف إدراك دلالة مفهوم الموافقة على معرفة علَّة الحكم المنصوص عليه، ومقصود الشارع منه؛ فإن تحديد القصد من العقوبة بالأشغال الشاقَّة على هتكِ العرض بحماية الحياء العرضي من الخدش هو الذي يوسع الفعل المادي المكوِّن لجريمته ليشمل كلَّ فعلٍ يُعَدُّ في المنطق العام عدوانًا على العرض.

(٦) مفهوم المخالفة:

(أ) تعريفه:

هو الاستدلال بتخصيص شيء بالذكر على نفي الحكم عمَّا عداه، أو هو: «إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت»[٧٩]، أو هو: «ما يكون مدلول اللفظ في محلِّ السكوت مخالفًا لمدلوله في محلِّ النطق، ويُسمَّى دليل الخطاب أيضًا»[٨٠]، أما مفهوم الموافقة فيُسمَّى لحن الخطاب[٨١]، وهو كذلك «أن يكون المسكوت عنه مخالفًا للمذكور في الحكم إثباتًا أو نفيًا»[٨٢]. فإذا قلت: أعطيت الطلاب المتفوقين جائزةً، فمعناه بوجه العبارة أن الطلبة الموصوفين بالتفوق هم الذين نالوا الجائزة. وقد يفهم بدليل المخالفة أن من عداهم ممَّن لم يوصفوا بالتفوق لم ينالوها. وإنما سُمي مفهوم المخالفة تمييزًا له عن مفهوم الموافقة.

وإذ تقضي المادة (٢٦٧) عقوبات مصري بالسجن المشدَّد على مواقعة أنثى بغير رضاها، فإنها تفيد بوجه المخالفة أن المواقعة لو حدثت برضاها لم

---

(٧٩) البحر المحيط (١٣/٤).

(٨٠) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٦٦/٣).

(٨١) تيسير التحرير لأمير بادشاه (٩٨/١).

(٨٢) مختصر المنتهى لابن الحاجب (١٧٣/٢).

تأخذ حكم هذه المادة. وكذا لو كانت المواقعة على مذكَّر فلن تكون جريمة اغتصاب، بل جريمة هتك عرض بالقوة، وإنما ذلك لانتفاء قيد «الأنثى» الوارد في هذه المادة فيختلف الحكم. وإذ يؤثر هذا القيد - سواء كان وصفًا أو شرطًا - فيما قصده المشرع بالحماية، فإن الحكم ينتفي بتخلُّفه. أما إذا لم يكن القيد مؤثرًا ولا معتبرًا في الحكم، فإن تخلُّفه لا يعكس الحكم.

وقد يوضِّحه أن المادة (٢٨٥) عقوبات مصري تنصُّ على أن: «كل من عرض للخطر طفلًا، لم يبلغ سنُّه سبع سنين كاملة، وتركه في محلٍّ خالٍ من الآدميين، أو حمل غيره على ذلك، يعاقب بالحبس مدَّة لا تزيد على سنتين». فقيد «تركه في محلٍّ خالٍ من الآدميين» قد لا يؤدي تخلُّفه إلى مخالفة الحكم؛ لأن المقصود حماية الطفل من التعرُّض للخطر، وقد لا يكون قيدُ السنِّ مؤثرًا في الحكم كذلك حتى ينتقض الحكم بمخالفته؛ إذ ليست هذه السنُّ كافيةً لمواجهة الطفل الأخطار بأنواعها المختلفة. ذلك أن السماح لطفلٍ تزيد سِنُّه عن ذلك بقيادة دراجة في الطريق العام لتوصيل الطلبات للمنازل مما يدخل في تعريض الطفل للخطر، كما أن تأجير دراجات الركوب للأطفال دون الثامنة مما يدخل في ذلك، طبقًا للمادة الثامنة من قانون رقم (١٢) لسنة (١٩٩٦م)، والمعلن برقم (١٢٦) لسنة (٢٠٠٨م)، بعنوان: «**حماية الطفل المصري**». والحاصل أن غياب القيد المؤثر في الحكم يوجب تغيير الحكم، بخلاف القيد غير المؤثر الذي لا يؤدي غيابه إلى التغيير في الحكم.

(ب) حجيَّة مفهوم المخالفة:

اختلف العلماء اختلافًا شديدًا حول حجيَّة مفهوم المخالفة على النحو الذي بسطه الغزالي وغيره من الأصوليين؛ فأقرَّه الشافعي ومالك والأكثرون من أصحابهما، على حين رفضه كلٌّ من أبي حنيفة والمعتزلة وبعض أصحاب الشافعي، ومعهم الغزالي[٨٣].

ويستدلُّ الرافضون لحجيَّة مفهوم المخالفة بأن المخالف مسكوتٌ عنه فلا

---

(٨٣) المستصفى (٢/ ١٩١).

يدخل في اللفظ بحال؛ فإنك إذا قلت: جاء الرجل الطويل، فلا يعني ذلك نفي مجيء الرجل القصير؛ لأنه مسكوتٌ عنه، ولم يدخل في اللفظ ولا في القصد إلى الإخبار عنه على أيِّ نحو، فيحتمل مجيئه أو عدم مجيئه. والمثال الذي يضربه الغزالي أنك إذا قلت: رأيت زيدًا، فلا يعني هذا أنك لم تَرَ غيره.

وقد استدلَّ المثبتون لحجيَّة مفهوم المخالفة ببعض الأدلَّة الجزئية التي تدور حول عمل بعض علماء اللغة والصحابة به. من ذلك ما ذهب إليه أبو عبيد في أن قول النبي ﷺ: «لَيُّ الواجدِ ظلمٌ يُحِلُّ عِرضَه وعقوبته»، أن ليَّ غير الواجد ليس من الظلم. وإنما ذلك في الواقع؛ لأن قصد الحديث وصفُ مُطل الغنيِّ القادر على الوفاء بالدَّين الواجب عليه بالظلم الموجب للعقوبة، بخلاف المعسر الذي يلزم إنظاره إلى ميسرة؛ فالغنيُّ قيدٌ مقصود التأثير في الحكم. وقد فهم ابن عباس من حديث «إنما الربا في النسيئة» أن ربا الفضل ليس بمحرَّم، بالنظر إلى أن هذا القيد (في النسيئة) مؤثِّر في الحكم بجريان الربا.

وفضلًا عن ذلك، استدلَّ المثبتون لحجيَّة مفهوم المخافة بأنه لو لم يكن مفهوم المخالفة معتدًّا به ومقصودًا إعماله لأدى ذلك إلى إهمال القيد المنصوص عليه وإلغاء معناه؛ فإنك لا تطلب الزيارة في غير يوم الخميس إذا قلت: زرني في هذا الوقت، وإلا لم يكن هناك معنى لهذا القيد. ومن الواضح أن هذا القيد مقصودٌ في الكلام.

والذي نخلص إليه من هذا الخلاف أن الرأي المؤيد للأخذ بمفهوم المخالفة هو الأرجح إذا كان القيد المذكور مؤثرًا في الحكم في قصد الشارع. ومعناه أنه لا يصحُّ الأخذ بمفهوم المخالفة في الأحوال كلِّها، كما لا يصحُّ إنكاره في الأحوال جميعها. وقد يوضِّحه أن قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] لا يفيد قصر التحريم للربا على الأحوال التي تتضاعف الفائدة فيه. وتكْمُن فائدة هذا الوصف في بيان فداحة الظلم الناشئ عن الربا بالنصِّ على أقسى صوره في الظلم. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ [النور: ٣٣] لا يعني الحقَّ في إكراههنَّ إن لم يردن التحصُّن والعفَّة ويقعن في الزنا، وإنما هو لإظهار قبح هذا الإكراه، بإجراء هذه المقابلة بين رغبتهنَّ في الصَّون والعفة من قبلهنَّ والرغبة في إكراههنَّ على الفحش والتبذُّل والزنا.

ومرة أخرى، فإن القيد المقصود تأثيره أو الذي بُني عليه الحكم في الأصل المنطوق به هو الذي يوجب انتفاء الحكم عند غيابه.

(ج) أنواع مفهوم المخالفة:

إذا كان مفهوم المخالفة هو دلالة المسكوت عنه لحكمٍ مخالفٍ للمنطوق المقيَّد بقيدٍ من القيود المعتبرة في الحكم والمؤثرة فيه، فإنه يتنوَّع بتنوُّع تلك القيود المعتبرة إلى الأنواع التالية:

أ - **مفهوم الوصف**: وهو دلالة اللفظ الموصوف بصفةٍ من الصفات على ثبوت نقيض حكمه عند انتفاء تلك الصفة؛ كقوله ﷺ: «في سائمة الغنم زكاة»؛ إذ السائمة وصفٌ للغنم التي تجب فيها الزكاة؛ فإذا تخلَّف هذا الوصف، وكانت الغنم غير سائمة، بأن كانت معلوفةً، انتقض الحكم ولم تجب فيها الزكاة؛ لانتفاء الوصف الذي بُني عليه الحكم، وكان سببًا فيه.

ويتفق في هذا الحكم المانعون والمثبتون لإعمال مفهوم المخالفة، لكنَّ المانعين يثبتون هذا الحكم بدليلٍ آخر، هو أن الشرع أوجب الزكاة في الغنم السائمة، فبقي ما عداها من الغنم المعلوفة على براءة ذمَّة صاحبها من التكليف بإخراج الزكاة عنها.

ومنه كذلك قوله ﷺ: «الثيِّب أحقُّ بنفسها من وليِّها»، وقوله: «مَنْ باع نخلةً مؤبَّرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»؛ فإن الوصف بالثيوبة يدلُّ على نفي الحكم بحقِّها في تزويج نفسها عند انتفاء هذا الوصف، لاعتباره في الحكم بدلالة ذكره، وكذا فإن انتفاء وصف التأبير يدلُّ على انتفاء حكم ما يدخل في المبيع عند انتفائه. ومنه أيضًا قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: ١٠]، فإنه يدلُّ بمفهومه المخالف على أن من أخذ هذه الأموال بغير ظلمٍ، بل بحقٍّ، لم يقع تحت هذا التهديد البالغ.

ب - **مفهوم الشرط**: وهو دلالة اللفظ المفيد حكمًا مقيدًا بشرط (بإن أو إذا أو ما يقوم مقامهما) على انتفاء هذا الحكم عند انتفاء شرطه، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]؛ إذ يدلُّ

هذا النصُّ بوجه العبارة على وجوب النفقة على المطلقة إلى أن تضع حملها، كما يدلُّ بوجه المخالفة على أنه لا حقَّ في النفقة للمطلقة غير الحامل. وليس الحكم بالمخالفة هنا على إطلاقه محلَّ اتفاق؛ فإن المطلَّقة طلاقًا رجعيًّا لها النفقة والسكنى كالزوجة. أما المطلقة البائن غير الحامل، فلا نفقة لها عند الجمهور الذين قد يستندون هنا إلى مفهوم المخالفة، خلافًا للأحناف الذين يوجبون لها النفقة، بحكم أن الشرط هنا غير مؤثر في إيجاب الحكم بالنفقة[٨٤].

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ فإنه يدلُّ بعبارته على أن التوثيق بالرهن إنما يجب في السفر عند عدم وجود الكاتب لوثيقة الدَّين. أما إذا وجد فسيمكن التوثيق بالكتابة دون الرهن.

ومنه أيضًا قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ فإنه يفيد بعبارته أن الوثيقة التي يكتبها مَن يوثق الالتزام إنما يمليها وليُّ المدين إن كان المدين نفسه غير قادر على إملاء الكاتب الالتزام الذي رضيه، بأن كان سفيهًا أو قام به سببٌ آخر يمنعه من هذا الإملاء بالدقَّة اللازمة. ويفيد النصُّ بمفهوم المخالفة أن المدين هو الذي له أن يملي على الكاتب التزامه إن كان قادرًا على إملاء ما يريد الالتزام به.

ج - **مفهوم الحصر بإنما**: وهو انتفاء المحصور بإنما عن غير ما حصر فيه، وثبوت نقيضه لغيره[٨٥]. كما في قوله ﷺ: «إنما الشفعة فيما لم يُقسم»، ومعناه أن الشفعة للشريك في العقار الذي لم يقسم، أما إذا تمت القسمة، واستقلَّ كلُّ شريكٍ بنصيبه فلا شفعة لأحدٍ من الشركاء في نصيب الآخر بوجه المخالفة؛ لأنهم أصبحوا جيرانًا، لا شركاء. ومنه كذلك قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيَّات»؛ فإنه يدلُّ بوجه المخالفة على عدم إنتاج الفعل أثره المنوط به إذا عرى عن النيَّة.

---

(٨٤) المبدع في شرح المقنع (٨/ ١٩٢)، وفتح القدير (٣/ ٣٣٩) وما بعدها.
(٨٥) إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٤٧).

ويرى الغزالي أن الحصر بإنما لا يدلُّ على نفي الحكم المخالف؛ لأن «إنما» في هذين المثالين وغيرهما قد تفيد معاني التأكيد والصحَّة والحصر أحيانًا، فلا يصحُّ الاستدلال بمفهوم المخالفة في هذه الحالة(٨٦).

د - **الحصر بما وإلَّا**: وهو انتفاء المحصور بالنفي وإلَّا عن غير ما حصر فيه، وثبوت نقيضه لغيره، كقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بوليٍّ»؛ فإن هذا الحصر يفيد إثبات صحَّة النكاح بوجود الوليِّ، فيلزم بوجه المخالفة عدم صحَّة النكاح من دون وجود وليٍّ. ولا يركن إلى هذا المفهوم وحده في إثبات مخالفة الحكم عند مخالفة القيد.

هـ - **مفهوم الغاية**: وهو دلالة المنطوق المقيد فيه الحكم بغاية على ثبوت نقيض هذا الحكم بعد انتهاء هذه الغاية(٨٧)، كقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]؛ إذ يدلُّ هذا على أن المطلقة ثلاثًا لا تحلُّ لمطلِّقها إلا بعد أن تتزوج غيره، ويطلقها هذا الغير، وتفيد بوجه المخالفة هنا أنها تحلُّ له إن فعلت ذلك. ومنه كذلك قوله ﷺ: «لا زكاة في مالٍ حتى يحول عليه الحول»؛ فإن المنطوق يفيد عدم وجوب الزكاة في المال إلى غاية معيَّنة، وهي حَولان الحول، ليتغيَّر الحكم بعد هذه الغاية إلى الوجوب(٨٨). ويعترف الغزالي بحجيَّة هذين المفهومين الأخيرين وحدهما.

و - **مفهوم العدد**: وهو دلالة اللفظ الذي قُيد فيه الحكم بعددٍ على انتفاء الحكم في غير هذا العدد زائدًا كان أو ناقصًا، وذلك كقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢]؛ فإنه يدلُّ بمفهوم المخالفة على أنه لا حقَّ لأحدٍ في الزيادة أو النقص عن هذا العدد. ويرى المعارضون لمفهوم المخالفة أنه لا تجوز الزيادة أو النقص لأدلَّة أخرى، هي أنه لا تجوز الزيادة أو النقص في الحدود عن العقوبة المقرَّرة شرعًا.

ز - **مفهوم اللقب أو الاسم**: وهو الاستدلال بإثبات الحكم في اسم

---

(٨٦) المستصفى (٢/ ١٩٨).

(٨٧) تيسير التحرير (١/ ١٠٠).

(٨٨) البحر المحيط (٤/ ٤٦).

جنس أو عَلم على نفي الحكم عن غيره. ويمثِّل له الآمدي بقوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُر بالبُر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أَرْبَى». ويرى علماء المذاهب الأربعة أن تخصيص هذه الأصناف والحكم عليها بوجوب المثليَّة والتقابض لا يعني نفي الحكم بهذا الوجوب في غيرها مما يشترك معها في العلَّة. ويخالف الظاهرية في هذا، ويرون قصر وجوب المثليَّة والتقابض في هذه الأصناف الربويَّة الستة وحدها.

(د) شروط العمل بمفهوم المخالفة:

يدلُّ مفهوم المخالفة - كما اتضح مما سبق - على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، لانتفاء قيدٍ من القيود المؤثرة في الحكم. والشرط لإعمال مفهوم المخالفة عند القائلين به ألَّا يكون للقيد الوارد على الحكم في المنطوق من فائدة أخرى سوى نفي حكمه في المسكوت عنه.

أما إذا تبيَّن لنا وجود فائدةٍ أخرى لهذا القيد وأن الشارع لم يشأ من إيراد القيد في المنطوق نفي الحكم في المسكوت الذي خلا من القيد، فإن مفهوم المخالفة لا يجري العمل به. من ذلك أن تحريم بنت الزوجة بقوله تعالي: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، يفيد بمنطوقه تحريم الربيبة التي في حجر زوج أمها. ولا يفيد انتفاء هذا القيد نقض الحكم وحِل الربيبة إذا لم تكن الربيبة في حجر زوج أمها، وتحت إشرافه وملاحظته. وإنما جرى ذكر هذا القيد إشارة إلى ما هو الغالب من أحوال الناس، وهو وجود الربيبة في حجر زوج أمها، وهو ما يُشعر بسبب التحريم على الزوج. وبهذا فإن قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾، يفيد تحريم بنت الزوجة المدخول بها على الزوج، سواء كانت في حجره وتحت رعايته وإشرافه، أو كانت في حجر غيره، وقد تقدَّم أن قوله تعالى: ﴿لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ﴾ [آل عمران: ١٣٠] لا يعني حِلَّ الربا إذا لم تبلغ الفائدة نسبة التضعيف.

وبهذا فلا يطرد إعمال مفهوم المخالفة، وإنما يلزم إعماله عندما ينبني

الحكم في المنطوق على القيد الوارد فيه، وإلَّا فإن مفهوم المخالفة لا يعمل. ولا يصحُّ الانقسام بين الأصوليين إلى الاحتجاج به أو رفضه بوجه العموم، بل يلزم النظر في كل حالةٍ على حدتها لمعرفة طبيعة القيد في المنطوق، وكونه مؤثرًا في الحكم المذكور، ومبنيًّا أو غير مؤثر؛ فيلزم إعمال مفهوم المخالفة وإثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، وإن لم يكن القيد مفيدًا في الحكم لم يضر تخلُّفه، واستمر العمل بالحكم؛ إذ لا يُنسَب لساكتٍ قول، طبقًا للقاعدة.

(هـ) مفهوم المخالفة في النصوص القانونية:

يعمل مفهوم المخالفة في الأحكام القانونية بإعطاء المسكوت عنه حكم المنطوق إذا تقيَّد هذا الحكم بقيدٍ معتبر ومؤثر في هذا الحكم. من ذلك أن المادة (٧٩) عقوبات مصري تنصُّ على تجريم «من قام في زمن حربٍ بنفسه أو بواسطة غيره، مباشرة أو عن طريق بلدٍ آخر، بتصدير بضائع أو غير ذلك من المواد من مصر إلى بلدٍ مُعادٍ أو باستيراد شيء من ذلك منه»، وقضت هذه المادة بالعقوبة على أيٍّ من ذلك: «بالأشغال الشاقَّة المؤقَّتة، وبغرامة تعادل خمسة أمثال قيمة الأشياء المصدَّرة أو المستوردة على ألَّا تقل الغرامة عن ألف جنيه». ومن الواضح أن للقيدين: «زمن حرب - بلد معاد» اعتبارهما وتأثيرهما في الحكم بالعقوبات المذكورة، حتى لا تنصرف إلى التصدير أو الاستيراد في غير زمن الحرب أو إلى بلدٍ غير معادٍ، وإلا لم يكن لهذين القيدين من فائدة؛ فبان من هذا إثبات إباحة هذه الأفعال للمسكوت عنه، سواء بالتصدير والاستيراد في غير زمن الحرب أو لبلدٍ صديقٍ، وهو نقيض التجريم المحكوم به في المنطوق بالقيدين السابقين.

وفي المادة (٦١) عقوبات مصري النصُّ على منع العقاب: «على من ارتكب جريمةً ألجأته إلى ارتكابها ضرورةُ وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النَّفْسِ على وشك الوقوع، أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخلٌ في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقةٍ أخرى». ومقتضى هذه المادة منع العقوبة على مرتكب جريمة بقصد حماية نفسه أو غيره من الخطر، إذا كان هذا الخطر:

أ - جسيمًا وواقعًا على النفس.

ب - على وشك الوقوع أو حالًا.

ج - لا يستطيع منع هذا الخطر بطريقة أخرى.

فإذا تخلَّفت صفةٌ من هذه الصفات المعتبرة في الحكم وارتكب الجاني جريمته، لم يرتفع عنه العقاب. ولذا لو كان الخطر غير جسيم بأن تعلَّق بالمال، أو لم يكن على وشك الوقوع، أو كان يستطيع منعه بطريقةٍ أخرى كالصَّيْحِ طلبًا لمساعدة الجيران لم ترتفع العقوبة، ولم يبح للجاني ارتكاب جريمته. وبهذا فقد انتفى الحكم بانتفاء أيٍّ من القيود المذكورة في هذه المادة، بوجه المخالفة.

وفي المادة (٦٢) عقوبات مصري النصُّ على منع العقوبة عمَّن يكون فاقدَ الإدراك وقت ارتكاب الفعل لجنونٍ أو آفةٍ عقلية أو لغيبوبةٍ ناشئة عن تناول عقاقير مخدِّرة. لكن لا يعمل منع العقاب إذا ارتفعت هذه القيود، وكان مدركًا لما يفعله وللنتائج المترتبة على فعله.

والمثال الذي أشار إليه بدر المنياوي مستمدٌّ من المادة (٣٥٥) عقوبات مصري التي تنصُّ على أنه يعاقب بالحبس مع الشغل:

أولًا: كل من قتل عمدًا بدون مقتضٍ حيوانًا من دوابِّ الركوب أو الجرِّ أو الحمل، أو أي نوعٍ من أنواع المواشي أو أضرَّ به ضررًا كبيرًا. ذلك أن عقوبة الحبس مقيدة بعدَّة أوصاف، منها التعمُّد، وعدم المقتضي، وكون الحيوان من دوابِّ الركوب أو الجرِّ أو الحمل أو المواشي، فإذا انتفى أيٌّ من هذه القيود انتفى الحكم بهذه العقوبة. ولذا لا ترد هذه العقوبة في حقِّ من قتل حيوانًا من هذه الأنواع بوجه الخطأ، وكذا لو قتل شرطيٌّ فرسًا بإطلاق النار عليها، قاصدًا تعطيل المتهم بارتكاب جريمة عن الهرب بهذه الفرس[٨٩]. وكذا لو جمح حيوانٌ من هذه الأنواع وشكَّل في حالته هذه خطرًا على أحدٍ فضربه شخصٌ قاصدًا دفع هذا الخطر.

---

(٨٩) المستشار بدر المنياوي علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه، ص٤٨.

ومن العمل بمفهوم المخالفة كذلك ما جاء في المادة (٩٣٦) مدني مصري فيما يتعلَّق بحقِّ الجار بالشفعة، وتقييد هذا الحق بعددٍ من الشروط، منها: «أن تكون أرض الجار ملاصقةً للأرض المبيعة من جهتين، وتساوي في القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل». وبهذا فإن الشفعة لا تجب بوجه المخالفة إذا كانت أرض الجار غير ملاصقة، أو تقلُّ قيمتها عن نصف ثمن الأرض المبيعة. ويشبهه ما جاء في حكم محكمة النقض من إعمال مفهوم المخالفة بالنصِّ على ذلك في قرارها الصادر في (١٩/ ١٢/ ٢٠١٢)، والمتعلِّق بتفسير المادة (٤٦٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. إذ تنصُّ هذه المادة على أنه: «يجوز تنفيذ الحكم الغيابي بالعقوبة إذا لم يعارض فيه المحكوم عليه في الميعاد المبيَّن بالفقرة الأولى من المادة (٣٩٨)». وقد تضمَّن الحكم النصَّ على أن المادة المذكورة «تعني بمفهوم المخالفة عدم جواز تنفيذ الحكم الغيابي بالعقوبة إذا كان ميعاد المعارضة لم يبدأ أو لم ينقض بعدُ، وعدم تنفيذه كذلك إذا طعن فيه بالمعارضة، ويظلُّ تنفيذه موقوفًا حتى يُفصَل في المعارضة»[٩٠].

ويلفت المستشار بدر المنياوي النظرَ بحقٍّ إلى أن الاستدلال بمفهوم المخالفة لا بدَّ فيه من التأنِّي؛ فليس كلُّ قيدٍ يقيد به المشرِّع الحكمَ يوجب تغيير الحكم عند انتفاء هذا القيد، يوضِّح ذلك أن المادة (٤١) عقوبات مصري تنصُّ على أنه: «لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصَّة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة إذا كان الشريك غير عالمٍ بتلك الأحوال»، وذلك يعني أنه إذا كان لفاعل الجريمة ظروفٌ شخصية تغيِّر من وصف الجريمة، فإن هذه الظروف لا تؤثر في الشريك إذا لم يكن عالمًا بها. وتفيد هذه المادة بوجه المخالفة أن الشريك يتأثر بهذه الصفة إذا كان عالمًا بها؛ لأن قيد العلم أساسيٌّ في الحكم بالتأثير؛ فصفة الموظف العام في جريمة تزوير «المحرر الرسمي» بواسطة هذا الموظف هي صفةٌ تلحق بفاعل الجريمة، وتقتضي تغيير وصفها (المادتان: ٢١١-٢١٢)؛ فإذا لم يعلم الشريك بصفة الفاعل هذه، فلا يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (٢١١)، وإنما بتلك المنصوص عليها في

---

(٩٠) طعن رقم (١٤٢٠٣)، لسنة٧٤ق، هيئة عامة، جلسة (١٩/ ١٢/ ٢٠١٢م).

المادة (٢١٢) من القانون ذاته، والخاصَّة بارتكاب جريمة التزوير من غير أرباب الوظائف العمومية.

وكذلك الحال في جريمة هتك العرض؛ إذ نصَّت المادة (٢٦٨) عقوبات مصري على العقوبة في هذه الجريمة بالحبس، إلَّا إذا كان المجني عليها دون السادسة عشرة أو كان الجاني من أصولها أو المتولين تربيتها وملاحظتها، فتزيد العقوبة إلى السجن المشدَّد، وإذا اجتمعت الصفتان زادت العقوبة إلى السجن المؤبد. وهنا فإن الشريك العالم بصفة الجاني يعاقب عقوبته، بخلاف الشريك غير العالم بصفة الجاني فلا يستحقُّ التشديد في العقاب، بناءً على أن تعدي أثر الظروف الخاصَّة بأحد الفاعلين إلى الشركاء لا يتحقَّق إلا إذا كان هؤلاء الشركاء على علمٍ بهذه الظروف.

وينطبق الحكم العامُّ للمادة (٤١) بمنطوقها ومفهومها على الشريك في جريمة الإجهاض؛ فإن المادة (٢٦٣) تعاقب بالسجن المشدَّد إذا قام بإسقاط الجنين طبيبٌ أو صيدليٌّ أو قابلة، ويعاقب الشريك بالعقوبة ذاتها إذا كان على علمٍ بصفة المسقط. أما إذا لم يكن على علمٍ بهذه الصفة، فتنزل العقوبة إلى الحبس، طبقًا للمادتين (٢٦١-٢٦٢)[٩١].

وليس الأمر كذلك بالنظر إلى الظروف والأوصاف غير الشخصية، أي المادية؛ فهذه الظروف الأخيرة تتعلَّق بماديات الجريمة، أو الأفعال المكوِّنة لها، وهي واحدة بالنسبة إلى جميع المساهمين فيها، تطبيقًا لفكرة وحدة الجريمة، ولو مع تعدُّد المساهمين. ولهذا فهم جميعًا مسؤولون عنها، بالنظر إلى أن اتجاه إرادة كل واحدٍ من المساهمين إلى الجريمة في جملتها يجعله مسؤولًا عن كل جزء من أجزاء ركنها المادي، طبقًا لما تحدِّده ملابسات ارتكابها. ومن ثمَّ فإن الشريك يسأل عن الظروف المادية، ولو لم يكن على

---

(٩١) نصُّ المادة (٢٦١): «كل من أسقط عمدًا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك، أو بدلالتها عليها، سواء كان برضائها أم لا؛ يعاقب بالحبس». وتنصُّ المادة (٢٦٢) على أن: «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية، مع علمها بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكَّنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبَّب الإسقاط عن ذلك؛ تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها».

علم بها. وقد صادقت محكمة النقض على مدِّ الظرف المادي إلى الشريك، ولو كانَ جاهلًا به؛ فقررت أن حمل السلاح في السرقة من الظروف المادية المتصلة بالفعل الإجرامي، ويسري حكمه على كلٍّ من قارف الجريمة، فاعلًا أم شريكًا، ولو لم يكن يعلم به.

ومن هذا يتضح منطوق المادة (٤١) عقوبات القاضي بأن الشريك لا يتأثر بالظروف الشخصية للفاعل إذا كان الشريك غير عالمٍ بهذه الظروف، كأن لا يعلم صلته بالمجني عليه في جريمة هتك العرض، أو صفته طبيبًا أو صيدلانيًّا أو قابلةً في جريمة الإجهاض. ومقتضى الاستناد إلى مفهوم المخالفة أن يثبت التأثير عند مخالفة أيٍّ من هذين القيدين، وهما: أن تكون الظروف غير شخصية، أي مادية؛ أو إذا كان الشريك عالمًا بظروف الفاعل الشخصية. وبهذا يثبت للمسكوت عنه في الظروف المادية، أو عند عدم العلم بالظروف الشخصية، حكمٌ مخالفٌ لحكم المنطوق عند انتفاء أيٍّ من هذين القيدين، ولا يمتدُّ حكم المنطوق إلى المسكوت عنه، ولا يسري حكم الفاعل إلى الشريك. وقد صادقت محكمة النقض على إعطاء المسكوت عنه حكمًا مخالفًا للمنطوق؛ لأنه لا فائدة من ذكر هذين القيدين إلا انتفاء الحكم عند انتفائهما. ومن هذا يتضح ترجيح الاستناد إلى مفهوم المخالفة بإثبات حكمٍ للمسكوت عنه مخالف لحكم المنطوق عند انتفاء القيد المؤثر في هذا الحكم.

أما إذا لم يكن القيد مؤثرًا في الحكم، فلا يجري العمل بمفهوم المخالفة، يوضِّحه أن المادة (١٤٤) مدني مصري تجيز تحول العقد بنصِّها على أنه «إذا كان العقد باطلًا أو قابلًا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحًا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبيَّن أن نيَّة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد». ذلك أن نيَّة إبرام العقد الصحيح - بدل الباطل - مفترضة، حملًا لتصرفات المتعاقدين على الصحَّة؛ ولهذا فلا يبدو أن اشتراط التبيُّن يوجب نقيض الحكم، وهو الحمل على البطلان عند انتفاء هذا القيد.

ويدلُّ هذا كلُّه على أن العمل بمفهوم المخالفة في العمل القانوني الحديث متفقٌ مع النظر الأصولي الذي يرجِّح العمل بهذا المفهوم شريطة تأثير القيد في حكم المنطوق، وانتفائه في المسكوت عنه على ما سلف بيانه.

(٧) مراتب الدلالات:

القاعدة أنه إذا لم ينشأ تعارضٌ بين ما يدلُّ عليه النصُّ بعبارته وإشارته ودلالته واقتضائه، فإنه يعمل بها جميعها. أما إذا حدث تعارضٌ بينها، فإن دلالة العبارة تترجَّح على غيرها؛ لأنها دلالة الصيغة بلفظها ومعناها المقصود من سوق الكلام. وتتخذ دلالة الإشارة المرتبة التالية لها، فهي تتأخَّر عن دلالة العبارة، لكنها تتقدَّم على دلالة النصّ. وتأتي دلالة الاقتضاء في المرتبة التي لا يتأخَّر عنها سوى العمل بمفهوم المخالفة. وبهذا تتدرج مراتب الدلالات على النحو التالي:

أ - **دلالة العبارة.**

ب - **دلالة الإشارة.**

ج - **دلالة النصّ.**

د - **دلالة الاقتضاء.**

هـ - **مفهوم المخالفة عند من يحتجون به**، وهم بعض الأصوليين من الشافعية والمتكلمين على النحو الذي جرى التعرض له.

(٨) المقارنة:

ونختم - على سبيل المقارنة - بأن القانون الإنجليزي يضمُّ أنواع عبارة النصّ وإشارته ومقتضاه ودلالته فيما يستفاد من النصّ، باعتبار المعنى في كل ذلك مما يستند إلى النصّ، ويجري تفسيره على أساسٍ من ثلاث قواعد أساسية، وهي:

أ - **أولاها قاعدة التفسير الذهبية** في القانون الإنجليزي، وهي **قاعدة تقديم المعنى الظاهر أو النصيّ** (Literal Rule). ويؤكِّد اللورد (EVERSHED, M.R) أن إعمالَ هذا المعنى النصيّ القريب من الحرفيّ هو القاعدةُ الأكثر أمنًا في التفسير، بافتراض أن المشرِّع أراد من الكلمات التي استخدمها ما تدلُّ عليه في واقع الأمر، ما لم يوجد في النصّ نفسه ما يعدِّل مقصوده منه

أو يبدله[٩٢]، وأن المقصود من التفسير هو اكتشافُ إرادة المشرِّع بالرجوع إلى اللغة التي استخدمها، لا بالرجوع إلى المعتقدات أو الافتراضات التي لم تظهر في لغة النصِّ. فإذا كانت عبارة النصِّ واضحةً، فيجب إعمالها والتمسُّك بما تدلُّ عليه لغته دون خروج عليها، مهما كانت صعبةً أو غير منطقية (harsh or abusrd) أو متناقضةً مع الإحساس العام. وعلى سبيل المثال، فإن التقادم يمنع قبولَ المحكمة نظر الدعوى، إذا مضت مدَّة معينة من تاريخ قيام سبب الدعوى، حتى ولو لم يكتشف المدَّعي قيام هذا السبب، أو لم يكن من الممكن اكتشافه، أو حتى إذا استخدم المتسبِّب في الضرر الغشَّ والخداع لإخفاء هذا السبب، حتى يفوت على المدَّعي الحقَّ في رفع دعوى التعويض عن الضرر[٩٣].

ب - **قاعدة الإحلال والتبديل** (Mischief Rule)، وتقوم هذه القاعدة على أن الواجب في تفسير النصوص القانونية جميعها هو النظر في الجوانب الأربعة التالية:

(١) ما الذي كان عليه العمل قبل صدور القانون المطلوب تفسيره؟

(٢) ما الضرر أو القصور الذي تضمَّنه هذا العمل؟

(٣) ما العلاج الذي قدَّمه المشرِّع لرفع هذا الضرر، أو لجبر هذا القصور؟

(٤) ما الأسباب الحقيقية للتغيير التشريعي؟

وقد أعمل كولسون هذه القاعدة في تحليلاته للتشريعات القرآنية في فصلٍ كاملٍ من كتابه: (A History of Islamic Law). وقد يوضِّح هذه القاعدة أن الفقرة الأولى من قانون تعديات الشوارع (The Street Offences Act) الصادر عام (١٩٥٩م) يحظر عرض المومسات أنفسهنَّ للمارة في الشوارع. ولا يختلف عن ذلك عرض أنفسهنَّ في بلكونات أو فترينات بحسب ما ذكره اللورد باركر،

---

(٩٢) Maxellw topic, p: (28).

(٩٣) نفسه، ص٢٩.

بحكم أن القصد من هذا القانون هو تنظيف الشوارع، حتى يتمكَّن المارة من المشي فيها، دونما ضغوط أو تعرض؛ ولهذا فلا فرق بين وجودهنَّ في الشارع نفسه، أو في أيٍّ من هذه الأماكن.

وكذا فإن المتهم في جنحة إذا أفادت وسائل الإثبات ارتكابه جريمةً لا يُخلى سبيله؛ ففي قضية (R v Small) قررت محكمة الاستئناف الجنائية أن المتهم في جنحة الشروع في اقتحام مسكنٍ بقصد السرقة قد أظهرت البيِّنة ارتكابه جريمة السرقة الكاملة بالفعل، وأن المتهم يؤخذ بها لقصد المشرع إلى تداخل الجرائم[٩٤].

وتتجه هذه القاعدة إلى إعمال مقصد المشرِّع في مقابل اتجاه السابقة إلى التركيز على لغة النصِّ والألفاظ المستخدمة فيه.

ج - **القاعدة الذهبية** (Golden Rule)، وهي مجرَّد تعديل للقاعدة الأولى. وتعني هذه أن الواجب في تفسير النصوص هو الالتزامُ بمعاني الكلمات وما تفرضه قواعد اللغة والنحو ما لم يؤدِّ ذلك إلى مصادمة المنطق والعقل وقواعد العدالة، فيترك التفسير اللغوي إلى غيره في الحدود اللازمة لتجنُّب هذه المصادمة.

د - **قاعدة إعمال المقاصد والنظر في المآلات** (The Purposive Rule) أو قاعدة التكامل (Integrated Rule). وتفيد هذه القاعدة وجوب النظر إلى مقصد المشرِّع والمآلات أو النتائج التي يسعى إلى تحقيقها من التشريع. ويؤكِّد اللورد جريفث (Griffith) في قضية (Pepper v. Hart) (**١٩٩٢م**) أنه: «قد انقضى هذا الزمان الذي كانت تفسِّر فيه المحاكم النصَّ التشريعيَّ بالاعتماد على قاعدة التفسير اللغويِّ أو الحرفيِّ؛ وهي تستخدم الآن المنهج المقاصديَّ الذي يسعى إلى تحقيق القصد الحقيقيِّ للتشريع، كما أنها مستعدَّة للنظر في القرائن والمواد الخارجية ذات الصلة بالخلفية التي صدر التشريع في إطارها»[٩٥].

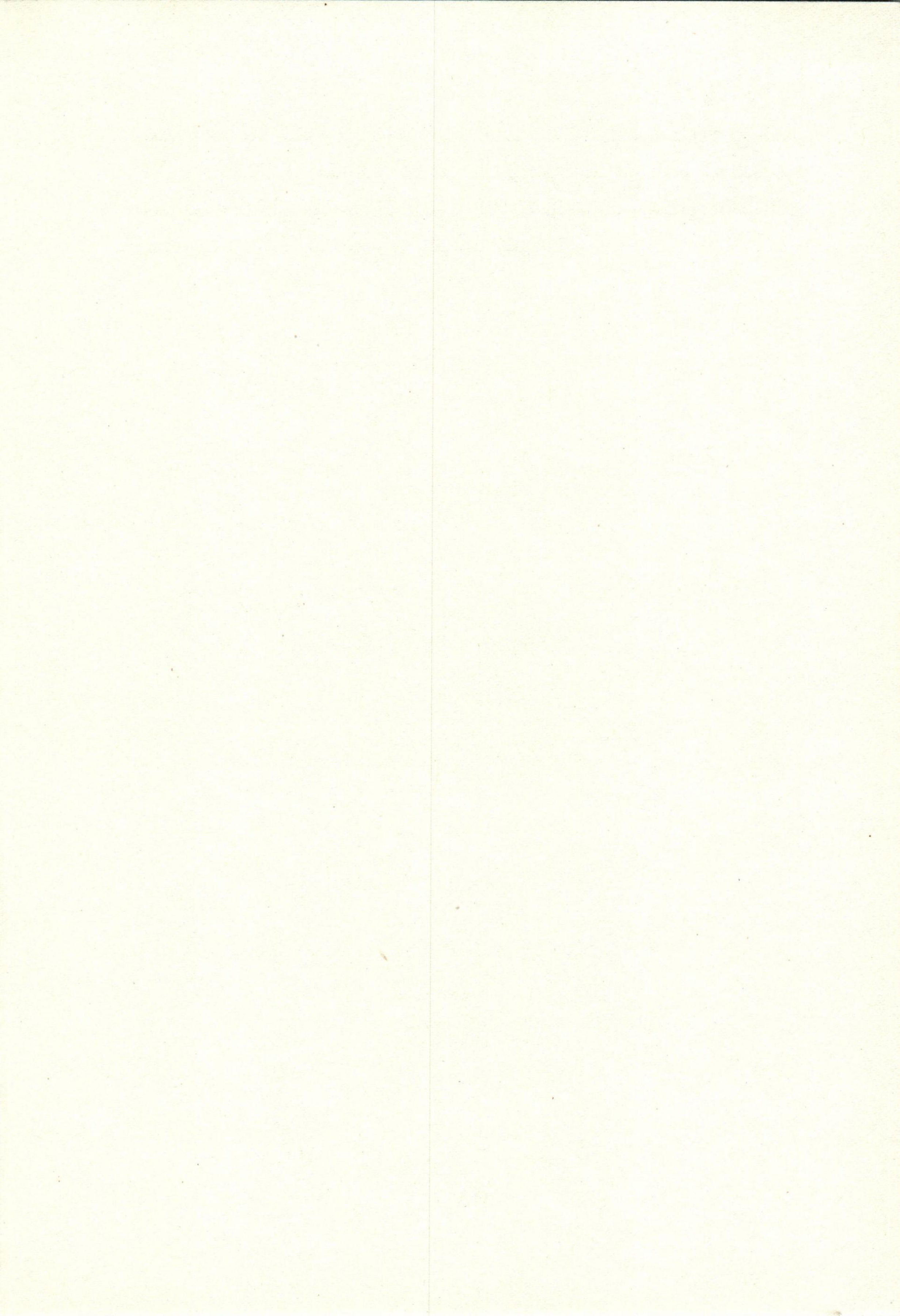
ومن الواضح من هذه المقارنة السريعة أن الأصوليين المسلمين لم يكونوا

---

(٩٤) Maxellw topic, p: (41).

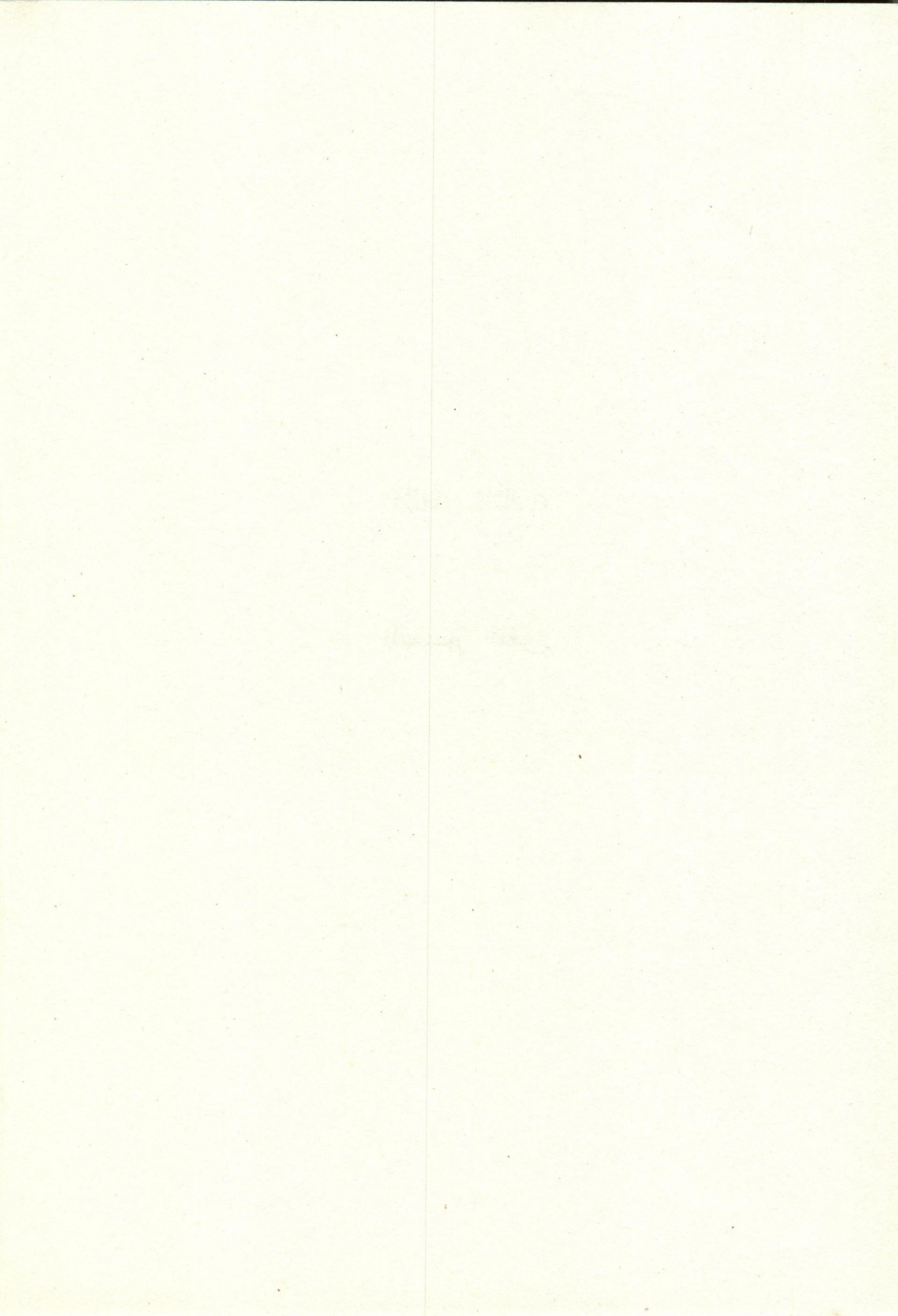
(٩٥) قضية: (Pepper v. Hart 1992 House of Lords, WLR 3).

بعيدين عن هذا التطوُّر في قواعد تفسير النصوص، وأنهم قد اعتمدوا في الطور الأول من النظر في هذه القواعد على التدقيق في المناهج اللغوية، ليخرجوا منها بعد ذلك إلى القواعد غير اللغوية الخاصَّة بالمقاصد والمبادئ الكليَّة التي سنتناولها في حينه بعد الفراغ من القواعد اللغوية.



الفصل الثالث

التفسير اللغوي



أولًا: الحقيقة والمجاز

(١) القاعدة:

من أهم القواعد الأصولية اللغوية قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة»[١]، إلا إذا تعذَّرت فيصار إلى المجاز. وقد جاءت هذه القاعدة بألفاظٍ مختلفة، منها: «الأصل في الكلام أن يحمل على الحقيقة»، وأن: «الأصل في الكلام أو الخطاب أن يحمل على الحقيقة»، أو أن المجاز خلاف الأصل، ولا يصار إليه إلا بدليل»، و«إذا تعذَّرت الحقيقة يصار إلى المجاز»[٢]، أو: «لا يصار إلى المجاز إلا بقرينة يقرها الوضع»، و«لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في استعمالٍ واحد»، و«الحقيقة تترك بدلالة العادة»[٣].

وتعني الحقيقة استعمال اللفظ في المعنى المتبادر منه أو المتعين له، مما يشمل الحقيقة الشرعية، كألفاظ القصاص والربا والقتل العمد والخطأ؛ والحقيقة العرفية، كدينار وجنيه وإهمال ومال؛ كما يشمل الحقيقة اللغوية المعجمية، كاستعمال أسد في الدلالة على الحيوان المعروف.

أما المجاز فيعني استخدام الكلمة في غير معناها المحدَّد لها شرعًا أو عرفًا أو لغة، مثل إطلاق الضرر على الإيذاء المعنوي، واستخدام الألفاظ الكنائية في عقد العقود، أو في الفسخ والطلاق. وتدور التعريفات الفقهية للحقيقة والمجاز حول فكرة الوضع اللغوي التاريخي أو الأصلي، مما تتردَّد

---

(١) مادة (١٢) من المجلة العدلية.

(٢) مادة (٦١) من المجلة العدلية.

(٣) مادة (٤٠) من المجلة العدلية.

الإشارة إليه كذلك في عددٍ من الدراسات الأصولية الحديثة، على الرغم من هشاشة هذه النظرية التي لم يعد لها ما يؤيدها في الدرس اللغوي الحديث.

وينقسم كلٌّ من الحقيقة والمجاز باعتبار ظهور المراد منهما وعدم ظهوره إلى صريحٍ يثبت حكمه بلا نيَّة، وإلى كناية لا يثبت الحكم الشرعي المتعلِّق بها إلا بالنيَّة. من ذلك ما جاء في المادة الرابعة من مرسوم (١٩٢٠م) المصري للأحوال الشخصية، ونصها: «كنايات الطلاق: وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنيَّة». ومن أقسام الصريح: الظاهر والنصُّ والمفسَّر والمحكم والمشترك[٤].

ومفاد هذه القاعدة الأساسية في تفسير النصوص الشرعية وفي تفسير النصوص القانونية بوجه العموم أن الألفاظ والعبارات المستخدمة في النصوص يجري تفسيرها وَفْقَ معانيها الحقيقية أو الظاهرة، ولا يجري حملها على معانيها المجازية إلا إذا وجب صرفها لذلك بقرينة تدلُّ على هذه المعاني المجازية.

وتقابل هذه القاعدة في القانون الإنجليزي - على سبيل المقارنة - قاعدة (Literal Construction) التي توجب تمسُّك القاضي بالمعنى الظاهر المتبادر من الكلمات. ويوضح ماكسويل (Maxwell) معنى هذه القاعدة بأن: «أول وأهم قواعد التفسير هو اعتبار أن كلمات القانون وجُملَه مستعملة في المعاني الاصطلاحية أو القانونية التي اكتسبتها، وإلا وجب حملها على معانيها اللغوية الظاهرة»[٥].

وقد جاءت القاعدة الذهبية (Golden Rule)[٦] بعد ذلك لتقيد استعمال القاعدة السابقة، بحيث لا يتأتى الحمل على المعنى الظاهر إذا تعذَّر، سواء لغرابته البادية (absurdity)، أو لتناقضه مع عموم النصِّ.

يوضِّح ذلك قضية (R.v. Allen) (١٨٧٢م) التي اتجه الاتهام فيها إلى

---

(٤) شرح المجلة للعلامة محمد خالد الأتاسي، عناية ولده: محمد طاهر الأتاسي، طُبع على نفقة أولاد الفقيد في مطبعة حمص، (١٣٤٩هـ/ ١٩٣٠)، (١/ ١٥٩).

(٥) dtL Maxwell & Sweet,Maxwell 1968, p:(28) .

(٦) نفسه، ص٤٣.

المشكو في حقِّه، بناءً على المادة (٥٧) من قانون (The Offences against the Person Act) الصادر عام (١٨٦٢م)، والذي يجرم التعدُّد في الزواج. غير أن المحكمة قد أخلت سبيله؛ لأن الزواج الآخر لا يُعَدُّ زواجًا بالمعنى الحرفي للكلمة، بحكم عدم استيفائه الطقوس الواجبة.

وقد لا يُحقق الالتصاق بالمعنى الظاهر أو الحر في العدالة دائمًا؛ ففي قضية (London and North Eastern railway v Berriman) (١٩٤٦م) لم تحكم المحكمة بالتعويض لعامل تشحيم قضيب القطار المتوفَّى في أثناء عمله؛ لأن النصَّ في القانون جاء بالتعويض للعمَّال الذين يصابون عند تبديل القضبان أو تثبيتها.

وقد تتضح القاعدة الأصولية بالمقابل من مجالات إيجاب التعويض أيضًا. ذلك أن قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، يفيد أن من أتلف مالًا لغيره كثوبٍ أو قمحٍ، فإن عليه أن يردَّ مثله، ولا يجب عليه ردُّ قيمته؛ لأن حقيقة المثليَّة متعينةٌ في الصورة والمعنى، ولا يمنع منها مانع، فتحمل إرادة الشارع عليه، ولا تُحمل على إيجاب المثليَّة المجازية - وهي القيمة - إلَّا إذا لم يكن حملها على المعنى الحقيقي ممكنًا، كما إذا كان الشيء المتلَف لا مثل له؛ فمن أتلف حصانًا لغيره وجب عليه التعويض بدفع القيمة؛ لأن الحيوانات ليست من المثليات، وإنما هي من القيميات لاختلاف أفرادها.

ومقتضى حمل الكلام على الحقيقة أن معنى قوله ﷺ: «في كل أربعين شاةً شاةٌ»، وجوب إخراج عين الشاة في الزكاة على كل من ملك أربعين شاةً؛ لأن هذا هو حقيقة الشاة المأمور بإخراجها، وهذا ما ذهب إليه الشافعية. غير أن الأحناف أخذوا بأنه يجوز إخراج الشاة أو قيمتها؛ لأن القيمة بدل العين، وإنما صرف الأحناف اللفظ عن إرادة الحقيقة وحدها بالرجوع إلى فهمهم لمقصود الشارع من شرع الحكم، فإنه لمَّا شُرعت الزكاة لإرفاق المحتاجين ومواساتهم في أموال الأغنياء اندفعت الحاجة والمواساة بإرادة الحقيقة وإخراج عين الشاة أو بإرادة المجاز وإخراج بدل الشاة هو القيمة[٧].

---

(٧) المغني لابن قدامة (٨/٣)، والدسوقي والشرح الكبير (١/٤٩٩)، وفتح القدير (١/٥٠٧) وما بعدها.

ومنه قوله تعالى في ميراث الأُمِّ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]؛ إذ يفيد ذلك تحديد حقِّ الأُمِّ في ميراث ابنها الذي لم يخلف ولدًا عند اجتماعها مع الأب بالثلث، والثلث في حقيقته هو ثلث التركة كلها. غير أن الصحابة قد صرفوا المقصود بالثلث إلى معنى مجازيٍّ، وهو ثلث الباقي من التركة بعد نصيب أحد الزوجين إذا اجتمع أيهما في الميراث مع الأُم والأب. وإنما صرفوا الثلث إلى هذا المعنى حتى لا يزيد نصيب الأُمِّ عن نصيب الأب في حال وجود الزوج أو يقارب نصيبها نصيبه في حال وجود الزوجة. وإنما اضطر فقهاء السُّنة لذلك تطبيقًا لقاعدة تضعيف نصيب الذكر بالنسبة إلى الأنثى المتفق معها في الجهة والدرجة[٨]. أما الشيعة الذين لا يحفلون بطرد هذه القاعدة، فلم يصرفوا اللفظ عن حقيقته، وأبقوا للأُمِّ حقَّها في ثلث التركة إذا اجتمعت مع الأب وأحد الزوجين[٩].

أما قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فلا يصحُّ تفسيره بحمله على معناه الحقيقي؛ لأنه يؤول إلى نفي وقوع الضرر، وهو مخالف للواقع المشاهد؛ فيفسَّر لهذا بحمله على معناه المجازي، ويكون المقصود منه وجوب جبر الضرر والتعويض عنه ومنع بقائه على حاله دون رفعٍ له إذا تسبَّب شخصٌ في إيقاعه بغيره.

ولا يغيب عن البال أن صرف الألفاظ إلى معانيها الحقيقية أو المجازية كان من أسباب الخلاف بين هؤلاء الذين أرادوا الاقتصار على المعاني الظاهرة «الحرفيَّة» للنصِّ، وهؤلاء الذين اعتبروا أنفسهم مسؤولين في المقام الأول عن التحقُّق من قَصْدِ المشرِّع لإعمال هذا القصد، بناءً على أن النصوص التشريعية خاطبت الناس وأوجبت عليهم العمل بها لتحقيق مصالح معينة. وتلزم معرفة هذه المصالح لإدراك معنى النصِّ.

---

(٨) هذه المسألة التي ترث فيها الأم ثلث الباقي بعد نصيب الزوج أو الزوجة هي الغراوية، أي: المشهورة، والعمرية لأنه الذي قضى فيها، انظر: السراجية، ص١٢٧.

(٩) من لا يحضره الفقيه لابن بابويه القمي، دار الكتب الإسلامية، طهران، (١٣٩٠هـ)، (٤/ ١٩٥).

أما الوقوف عند التفسير الحرفي للكلمات وحصر الذهن في الوقوف على المدلولات اللغوية المعهودة، فهو منهج لا يحقِّق مقصود الشارع، ويضع الفقيه والقاضي في موقف العاجز عن تحقيق هذا المقصود في الواقع. وقد وجِد أتباع هذا المنهج منذ عصر النبوَّة وطبَّقوه على نحوٍ أثار تبسُّم الرسول من فعلهم فيما يدلُّ على رضاه به وموافقته عليه، وذلك حينما وجَّه أصحابه إلى قتال بني قريظة، وقال لهم: «لا يصلينَّ أحدكم العصر إلا في بني قريظة»[١٠]، فأدركتهم صلاة العصر في الطريق فصلَّاها بعضهم، بناءً على أن الغرض من النهي هو الحثُّ على التعجيل بالذهاب، على حين امتنع آخرون عن أداء الصلاة إلا بعد وصولهم إلى مساكن بني قريظة بالفعل. وقد وقف هؤلاء في تفسيرهم للنهي: «لا يصلينَّ» عند معناه اللغوي المألوف المتبادر للذهن، وفهموه على حقيقته، على حين صرف الآخرون هذا النهي إلى معناه المجازي لإعمال مقصود الشارع، ففهموه على أنه يعني عدم الانشغال بأيِّ شيء يؤخر الذهاب إلى بني قريظة.

وقد استمرَّ اتباع هذا المنهج الحرفي في تفسير النصوص لدى أتباع المذهب الظاهري. ويهاجم ابن حزم أتباع المنهج الآخر الذي يصرف الألفاظ والعبارات عن معانيها الحقيقية إلى معانيها المجازية لإعمال مقصود الشارع، ويصفهم بأنهم يتجاوزون حدودهم في التفسير إلى التشريع، وسنِّ أحكام من عندهم لا تتسع لها النصوص.

وهذه هي مشكلة أتباع المنهج الحرفي أو الظاهري، حيث إنهم يعتقدون أنهم يتقيدون بالنصوص على الرغم من أنهم يبتعدون عن تطبيقها بتجاهلهم للمقصود منها. يكشف عن ذلك أن قصر التحريم للربا على الأصناف الستة: (الذهب، والفضة، والقمح، والشعير، والتمر، والملح)، قد أنشأ مفارقةً لا يقبلها العقل السليم؛ إذ يمتنع طبقًا لهذا اقتراض مائة إردب من الشعير لردِّها مائة وعشرة فيما بعد، على حين يجوز أخذ مائة إردب من الأرز لردِّها مائة وعشرين فيما بعد. وطبقًا لهذا المنهج، فإن الزكاة لن تجب إلا في الأصناف

---

(١٠) البخاري، كتاب المغازي، باب: مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة.

المنصوص عليها، أما الأغنياء من أصحاب الأموال التي لا نصَّ على وجوب الزكاة فيها فلا يجب عليهم إخراج شيء منها، مما يجافي العدل ويضر بالفقراء.

وقد سيطر التفسير الحرفي للنصوص في القانون الإنجليزي حتى القرن الحالي، حيث بدأ الاتجاه إلى أخذ نيَّة المشرِّع والمقصود من التشريع والظروف الاجتماعية، وأنواع المظالم التي صدر التشريع لرفعها. ولا شكَّ أن التضحية بالمعاني المتبادرة وصرف الكلمات إلى مدلولاتها المجازية لإعمال المقصود من القوانين، هو المنهج الأَوْلَى بالتقدير والاعتبار في أحوالٍ كثيرة؛ لأنه هو الذي يمدُّ النصوص بالقوة الدافعة لتحقيق العدالة والمصلحة المقصودة منها.

وتوضيحًا لعمل هذه القاعدة الأساسية يلزم التعرض لبيان معنى كلٍّ من الحقيقة والمجاز وأقسامهما وأحكامهما فيما يلي:

(٢) مفهوم الحقيقة والمجاز عند الأصوليين:

توارد كثير من الأصوليين على أن الحقيقة هي استعمالُ اللفظ في المعنى الموضوع له، أو المتواضع عليه، وأن المجاز هو استعمالُ اللفظ في غير هذا المعنى الموضوع له، أو المتواضع عليه. وإنما ينبني هذا التعريف على قضية شغلت الأصوليين وشوشت عليهم، وهي قضية أصل الوضع اللغوي وكيفية نشأة اللغة ودلالة الألفاظ على معانيها، مما يجد أصله في الدرس اللغوي. فذهب كثير من هؤلاء الأصوليين إلى أن واضع الألفاظ بإزاء المعاني هو الله عز وجل، وهذا هو مذهب القائلين بالتوقيف.

ويستدلون لهذا بما جاء في القرآن من أن الله هو الذي علَّم آدم الأسماء كلَّها. ولا يوافق بعض الأصوليين وبعض علماء اللغة على هذا المذهب، استنادًا إلى ما في القرآن من إشارة إلى أن كلَّ رسولٍ قد أُرسل بلسان قومه. ويرى هؤلاء نشأة اللغة بالمواضعة لا بالوضع، أي باتفاق الناس واصطلاحهم عليها مع تدرجهم في هذه المواضعة واختلاف لغاتهم باختلاف

أجناسهم[١١]، ويفسِّر هؤلاء قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلۡأَسۡمَآءَ كُلَّهَا﴾ [البقرة: ٣١] بأنه هيَّأ له أسباب النطق ومعرفته، وزوَّده بالقدرة على استخراج الألفاظ وربطها بمعانيها. ولا يشير البزدوي إلى فكرة الوضع في تعريف الحقيقة والمجاز[١٢] اتساقًا مع منهج الأحناف في تناول دلالات الألفاظ، بالتركيز على ما تمسُّ إليه حاجة الفقيه في استنباط الأحكام، وإن تطرقت مع ذلك فكرة الوضع الإلهي للغات إلى بعض مؤلفاتهم الأصولية المتأخرة[١٣]. ولا يريد الجويني القطعَ بأيٍّ من الوضع الإلهي أو الإنساني للغات[١٤].

ويعتقد الغزالي هو الآخر أنه لا سبيل إلى اليقين في التعرف إلى نشأة اللغة وما إذا كانت بوضع الله أو بمواضعة الناس؛ إذ «لا مطمع في معرفته يقينًا إلا ببرهانٍ عقليٍّ، أو متواتر خبر، أو سمعٍ قاطع. ولا مجال لبرهان العقل في هذا، ولم يُنقل تواتر، ولا فيه سمع قاطع، فلا يبقى إلا رجم الظنِّ»؛ ولذا فإن الخوض فيه فضولٌ لا أصل له[١٥].

وقد انتقل الزركشي من هذا الذي فطن له الغزالي إلى تناول الوضع بوجهين مختلفين: أولهما بمعنى الجعل للمعنى في مقابل اللفظ، بنوع تطوُّر، كأن «يخطر المعنى ببال الواضع فيستحضر لفظًا يعبِّر به عن ذلك المعنى، ثم يعرفه غيره». والآخر: أن يغلب «استعمال اللفظ على المعنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن حال التخاطب به، وذلك في العرف الشرعي والعرف العام والخاص»[١٦]. ويتجاهل الشاطبي الخوضَ في ذلك، مكتفيًا بالإشارة إلى ما أطلق عليه المعنى الوضعي، أي المعجمي؛ والمعنى الاستعمالي، أي العرفي عند أهل اللغة[١٧].

---

(١١) المحصول للرازي (١/ ٥٧).

(١٢) الكافي شرح البزدوي للسغناقي (١/ ٢٥٦).

(١٣) تيسير التحرير لأمير بادشاه (١/ ٥١).

(١٤) البرهان للجويني (١/ ١٧٠).

(١٥) المستصفى للغزالي (١/ ٣٢٠).

(١٦) البحر المحيط للزركشي (٢/ ٧).

(١٧) الموافقات (٣/ ٢٦٩).

وفي ضوء هذا كلِّه، فإن الحقيقة هي استعمالُ اللفظ في هذا المعنى الذي وضِعت له الكلمة (أي جُعلت) في البيئة اللغوية باصطلاح أهلها، وتطابق الاستعمال مع هذا المعنى الأصلي التاريخي الذي نشأ بمواضعة الناس. غير أن التعرف إلى هذا الأصل التاريخي ليس ميسورًا في جميع الأحوال، ولا يمكن الاستدلال عليه والتيقُّن منه؛ ولذا اتجه البعض إلى تعريف الحقيقة بأنها استعمال اللفظ في المعنى المتبادر منه في الذهن. غير أن هذا التبادر ليس معيارًا منضبطًا؛ لأن ما قد يتبادر للذهن يختلف باختلاف الأشخاص. ويمكن الخروج من هذا كلِّه بتعريف الحقيقة أولًا عن طريق معرفة أقسامها للدخول بعد ذلك في تعريف المجاز.

(٣) أقسام الحقيقة:

تنقسم الحقيقة إلى الأقسام التالية:

أ - الحقيقة اللغوية:

وهي اللفظ المستعمل في معناه المعجمي، وذلك كاستعمال لفظ الدابة في كل ما يدبُّ على وجه الأرض، والصلاة في الدعاء، والمصلحة في المنفعة، والقصاص في المساواة، والزكاة في النماء.

ويتيسَّر تحديد الحقيقة اللغوية، أو الدلالة اللغوية، على هذا النحوِ بالرجوع إلى المعاجم ومعرفة المطابقة بين استعمال اللفظ ومعناه المحدَّد له في معاجم اللغة، مما هو ملاحظ في أساليب تناول المصطلحات في المدونات الفقهية. لكن يجب الالتفات إلى أن بعض المتأخرين قد استبدلوا بالأصل التاريخي للوضع جعل اللفظ إزاء المعنى المقصود، شريطة قبول البيئة اللغوية هذا الجعل، ووضْع اللفظ للتداول بالمعنى الذي اكتسبه.

أما التعريف الأصولي للحقيقة اللغوية بأنها استعمالُ اللفظ في المعنى التاريخي الموضوع له بوضع الله أو باتفاق الجماعة، فيرد عليه ما تقدَّم من صعوبة توثيق هذا المعنى التاريخي والاهتداء إليه بقدرٍ معقولٍ من اليقين.

ب - الحقيقة العرفية:

وهي اللفظ المستعمل في معناه المتواضَع عليه عند جماعة معينة، وذلك كلفظ الجنيه، فإنه يستخدم عنوانًا على عملة معينة في مصر وأخرى في إنجلترا، وكلفظ الدينار في الكويت الذي يختلف معناه في هذا البلد العربي عنه في البحرين، وكلفظ الدابة التي أصبحت تُطلق في العرف على ذوات الأربع. وتفارق هذه الحقيقة التي يخصِّصها العرف[18] الحقيقة اللغوية التي يحدِّدها المعنى المعجمي، وإنما جاء هذا الافتراق لدواعي الاستجابة لحاجة المجتمع إلى التعبير عمَّا يريده من مشاعر ومغانٍ تتطور على الدوام.

ج - الحقيقة الشرعية:

وهي استعمال اللفظ في المعنى المحدَّد له عن طريق الشرع. من ذلك استخدام لفظ الصلاة في العبادة المعروفة، والزكاة في الفريضة المالية، والسرقة في أخذ المال على سبيل الاستسرار والخفية، والخمر في الشراب المتخذ من العنب والتمر إذا غلا واشتدَّ، والوضوء في الطهارة المعروفة.

والحكم الذي يترتَّب على هذا التقسيم هو ما تفيده القاعدة الأصولية القاضية بوجوب حمل اللفظ على معناه الشرعي أولًا، فإن لم يوجد له تحديد شرعيٌّ حُمِلَ على معناه العرفي، وإلَّا فإنه يُحمل على مدلوله اللغوي. وعبارة الزنجاني في بيان هذه القاعدة البالغة الأهمية: «اللفظ الواحد إذا كان له عرفٌ في اللغة، وثبت له عرفٌ في الشرع، ينصرف إلى عرف الشرع الذي ثبت له، ولا يُحمل على الحقيقة اللغوية إلا بدليلٍ... وكذا كل لفظٍ له حقيقةٌ في اللغة، وثبت له عرفٌ غالب في الاستعمال ينصرف إلى عرف الاستعمال»[19].

وتوضيحًا لذلك، فإن الربا المحرَّم هو المعروف بمعناه الشرعي، وليس بالمعنى اللغوي الذي يفيد مجرَّد الزيادة. ولا تفيد السرقة مجرَّد أخذ مال الغير بقصد تملُّكه، على ما يفيده المعنى اللغوي؛ ولذا تختلف عن الغصب وخيانة

---

(١٨) البرهان للجويني (١/ ١٧٦)، وتيسير التحرير لأمير بادشاه (٢/ ٦)، والمستصفى للغزالي (١/ ٣٢٦).

(١٩) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص١٢٣.

الأمانة وما إلى ذلك من الجرائم الواقعة على الأموال. وكذا الخراج والزواج والطلاق والوقف والميراث والوصية، بناءً على أن هذه الألفاظ قد ورد في نصوص الشرع تحديدُ معانيها. غير أنه يرجع في الألفاظ التي لم تحدِّد النصوص معانيها إلى مدلولاتها العرفية؛ ولذا فإننا نفهم معنى الإهمال الموجِب للضمان بالرجوع إلى مفهومه في العرف.

ولذا لو قاد سيارته بسرعة (١٠٠) كيلو متر في الساعة في الطريق السريع لم يُعد مهملًا في قيادته، لكنه لو قاد سيارته بهذه السرعة في داخل المدينة اعتبر مهملًا، على ما هو العرف في ذلك. ولو حفظ الوديعة بمثل ما يحفظ الناس أموالهم لم يُعد مهملًا، ولو خالف كان مهملًا، وكذا الأمر في تحديد مفهوم «الحرز» المشترط في أخذ السارق المال منه لوجوب العقوبة الحديَّة.

أما إذا لم يوجد تحديد شرعيٌّ ولا عرفيٌّ للفظ المطلوب تفسيره، فإننا نرجع إلى اللغة لتحديد معناه. ولذا فإن الرشد في قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، ينصرف إلى معنى حسن التصرف في الأموال، والدخول في المعاملات، وفهم مقصود الناس منها؛ لأن هذا هو معنى الرشد في اللغة.

وكذا فإن العدل المطلوب لإباحة الزواج بأكثر من واحدة يتضمَّن في حدِّه الأدنى القدرةَ على الوفاء بحقوق الزوجة والأولاد في النفقة والتعليم والسكن وغير ذلك؛ لأن العدل لا يُتصور أن يتحقَّق معناه اللغوي مع العجز عن الوفاء بهذه الحدود الدنيا، وهذا هو العدل في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ [النساء: ٣]، أي: لا تجوروا ولا تظلموا. وهذا ما أخذ به محمد عبده في تحريم التعدُّد على هؤلاء الذين لا يجدون ما ينفقون على أنفسهم وأولادهم.

ولا أعتقد وجود خلافٍ بين المذاهب المختلفة في هذا، على الرغم من وضع الزنجاني الشافعي الأمر وضعًا مختلفًا، وتصويره حدوث خلافٍ بين الأحناف والشافعية في تقديم المعنى اللغوي على المعنى الشرعي؛ إذ يؤكِّد الزنجاني أن المذهب الشافعي يقدِّم المعنى الشرعيَّ على حين أن المذهب الحنفي يقدم المعنى اللغويَّ، وعبارته في هذا:

«إذا دار اللفظ بين معناه الشرعي ومعناه اللغوي ترجَّح حمله على المعنى الشرعي دون الوضع اللغوي عندنا... وذهب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى أنه يترجَّح حمله على الوضع اللغوي... ويتفرع على هذا الأصل مسائل، منها: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة عندنا، وعندهم يوجبها. ومدار نظر الفريقين على تفسير اسم النكاح في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ﴾ [النساء: ٢٢]، يقول أبو حنيفة: معناه الوطء؛ لأنه مأخوذٌ من الضمِّ والجمع، قال تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] يعني الوطء، وحيث ورد النكاح في الشرع بمعنى العقد فلأجل أنه سببٌ للوطء، فعبَّر بالسبب عن المسبب. وقال الشافعي: معناه العقد؛ لأنه لم يرد في الشرع مطلقًا إلا وأُريد به العقد»[٢٠].

وهكذا يصور الزنجاني بدافع الميل المذهبي اتجاه الأحناف إلى تغليب المعنى اللغوي على المعنى الشرعي عند اجتماعهما في اللفظ الواحد، بخلاف مذهب الشافعية في الاتجاه إلى تغليب إرادة المعنى الشرعي.

ويفسِّر الزنجاني مذهب الأحناف في تحريم زواج الابن ممَّن يزني بها أبوه، بناءً على أنهم يفسرون قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ بما يشمل كلًّا من الوطء والزواج. أما الشافعية فيحملون قوله تعالى في هذا على تحريم الزواج بزوجة الأب، أما مجرَّد الوطء فلا يصلح عندهم لتحريم المزني بها على ابنِ مَنْ زنا بها. وكذا فإن المُحرم لا يحلُّ له أن يعقد عقد الزواج لنفسه ولا لغيره في أثناء إحرامه صرفًا لمعنى الحديث المذكور على العقد، وهو المعنى الذي أرادته النصوص الشرعية من لفظ النكاح فيُحمل عليه، بخلاف الأحناف الذين فسَّروا لفظ «ينكح» في الحديث بمعنى الوطء والعشرة الزوجية.

غير أن الذي يردُّ هذا التفريق بين الأحناف والشافعية في حمل اللفظ على معناه الشرعي أولًا ثم على معناه اللغوي إن تعذَّر صرفه إلى المعنى الشرعي، هو أن الأحناف في هذين المثالين قد انتهوا إلى إعمال المعنى اللغوي لقرائن أخرى أوجبته.

---

(٢٠) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص١٢٣، ٢٧١.

(٤) متى يصار إلى المجاز؟

القاعدة التي وردت في المادة (٦١) من مجلة الأحكام العدلية أنه إذا تعذَّرت الحقيقة يصار إلى المجاز. ومفاد هذه القاعدة أنه إذا لم يمكن حملُ اللفظ على إرادة الحقيقة الشرعية أو العرفية أو اللغوية، وتعذَّر ذلك لوجود قرينة من القرائن الصارفة عن إرادة الحقيقة بأنواعها الثلاثة المذكورة، صُرف اللفظ أو الكلام إلى إرادة المعنى المجازي.

ولذا فإن قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، لا يعني نفي حدوث الضرر في الواقع؛ لأن المشاهد حدوث الضرر وتكرُّر وقوعه، فينتفي حمل اللفظ على معناه الحقيقي ويُصرف إلى معناه المجازي اللازم له، وهو أن الضرر لا يُترَك دون تعويضٍ عنه ويلزم المتسبِّب فيه أن يتحمَّل نتيجة فعله حتى لا يُترَك المتضرِّر يعاني الضرر الواقع عليه.

وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣]، تفيد أن الصدقة تطهر المتصدِّق، ولا تحمل هذه الطهارة على معناها الحسي الحقيقي، وإنما تُحمل على معناها المجازي، ويكون المقصود بها أن المتصدِّق ترقى نفسه وتحسن أخلاقه بالبذل ومعاونة غيره وقيامه بواجبه في هذا. وإنما لم تُحمل الطهارة على المعنى الحقيقي، وهو النظافة المادية لتعذُّر ذلك في العقل.

وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بوليٍّ» مقصود به نفي الصحَّة عند من يشترط الوليَّ لصحَّة النكاح، أما من لم يشترط الوليَّ لصحَّة النكاح فقد حمل النفيُ على التمام؛ وعليه فإن أصل النكاح قائمٌ وصحيحٌ وإن لم يكن تامًّا مستجمعًا لشروط الفضل والكمال. ومثله قوله ﷺ: «لا يرث القاتل»، مما ينصرف إلى المعنى الحقيقي للقتل الذي يشمل كلًّا من العمد والخطأ. ولا يُحمل معنى اللفظ على المجاز إلا بوجود القرينة الدالَّة على امتناع إرادة المعنى الحقيقي.

(٥) أنواع القرائن:

تتنوَّع القرائن الصارفة عن إرادة المعنى الحقيقي إلى الأنواع التالية:

أ - **القرينة الحسيَّة**: كأن يقول فلان ابني ولا يسمح فرق السنِّ بينهما بأن يكون هذا إقرارًا بالبنوَّة، فإنه يصرف إلى معناه المجازي من البرِّ والمودَّة؛ لأن الحسَّ يمنع انصراف هذا القول إلى اعتراف بالبنوَّة.

ب - **القرينة العقليَّة**: بأن يمتنع في العقل إرادة المعنى الحقيقي، وذلك كقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [آل عمران: ١٣٠]، فإن معناه لا تتعاملوا به، ولا يُحمل على الأكل الحقيقي؛ لأن أخطر صور الربا تجري في غير ما يؤكل. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: ١٠] محمولٌ على إساءة التصرف في أموال اليتامى، وليس مجرَّد أكل هذه الأموال.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، فإن الأكل محمولٌ هنا على الأخذ أو التصرف بغير حقٍّ. والقرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي قرينةٌ عقليَّة، فإن الذي يستقرُّ في الذهن أن التعامل الفاسد في المال هو المحرَّم في هذه الآية.

ج - **القرينة الشرعيَّة**: من ذلك أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى متابعة القضية ودفع حجج الخصم أمام القضاء، ولا يُحمل هذا التوكيل على المخاصمة بالإيذاء أو المضارة مما تفيده كلمة الخصومة في معناها اللغوي؛ فليس للوكيل إيذاءُ خصمِ موكله، أو حجب المعلومات المفيدة في إنهاء الخصومة أو المعطلة للعدالَة، لقاعدة رفع الضرر.

ومن ذلك أنه لو اتفقا على الكفالة بشرط براءة ذمَّة الأصيل حُمل الاتفاق على الحوالة؛ لأن اشتراط براءة ذمَّة الكفيل ينقل الاتفاق إلى أن يكون من قبيل الحوالة، وكأنه قد أرادها؛ لأن هذا هو ما تفيده في الشرع.

ويُحمل قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيَّات»، على معناه المجازي؛ إذ من المقطوع به أن العمل يوجد بلا نيَّة؛ ولذا فإن الذي يثبت بالنيَّة هو الثواب في الآخرة أو الصحَّة في الدنيا، ويصير معنى الحديث بهذا أن ثواب العمل أو صحته مفتقرٌ إلى النيَّة.

عموم المجاز:

من معاني العموم الشمول، يقال: عمَّ المطر البلاد، أي شملها. والمقصود به عند الأصوليين إرادة المعنى الحقيقي والمجازي كذلك، بحكم كونه فردًا من أفراده. وأكثر الأصوليين على أنه إذا كان للفظ معنى حقيقيٌّ وآخر مجازيٌّ لم يُحمل على إرادتهما معًا في استعمالٍ واحدٍ؛ لأن استعماله في المعنى الحقيقي يستلزم عدم وجود القرينة الصارفة عن إرادة المعنى المجازي، كما أن استعماله في المعنى المجازي يستلزم وجود القرينة الصارفة عن إرادة المعنى الحقيقي، ولا يمكن افتراض وجود القرينة وعدمها في آنٍ واحد، وهذا هو مذهب الأحناف الذين يرون أن المجاز لا عموم له(٢١).

وطبقًا لذلك، فإن قوله تعالى في آية الطهارة للصلاة: ﴿أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [المائدة: ٦] ينصرف عندهم إلى معنى واحدٍ هو المعاشرة الزوجية. أما مجرَّد لمس المرأة فلا ينقض الوضوء. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ينصرف إلى الأُمِّ والبنت وحدهما، وتُحمل الجدَّة وبنات الأبناء عليهم بأدلَّة أخرى.

أما الشافعية والمالكية، فيجيزون الجمع في الاستعمال الواحد بين إرادة كلٍّ من المعنى الحقيقي والمجازي للفظ. ولذا فإن قوله تعالى: ﴿أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ يفيد انتقاض الطهارة بأيٍّ من المعاشرة الزوجية أو مجرَّد اللمس. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ يفيد تحريم الزواج بالأُمِّ والجدَّة لأبٍ أو لأُمٍّ. وتدلُّ كلمة ﴿أُمَّهَـٰتِكُمْ﴾ بهذا على المعنى الحقيقي والمجازي لها في آنٍ واحدٍ. وتفيد كلمة ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ تحريم الزواج بالبنت الصلبية، وهذا هو معناه الحقيقي، كما تفيد تحريم الزواج ببنت الابن وبنت البنت، وهذا هو معناها المجازي، وأصحاب هذا الرأي هم القائلون بعموم المجاز(٢٢).

---

(٢١) انظر: كشف الأسرار علاء الدين البخاري (٢/ ٤١)، والتلويح شرح التوضيح للتفتازاني (١/ ١٦٣-١٦٧-١٧٦)، وأصول الشاشي، ص٥٢؛ وأصول السرخسي (١/ ١٧٥)، وغمز عيون البصائر للحموي (٣/ ٢٩٢).

(٢٢) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ)، (١/ ٥٠٩).

(٦) الصريح والكناية:

ينقسم كلٌّ من الحقيقة والمجاز إلى صريح وكناية؛ والصريح في اللغة من صرح يصرح صراحةً أي ظهر، تقول: صرح فلان بما في نفسه، أي: أظهره، والصريح الخالص من كل شيء، ومنه سُمي القصر صرحًا لظهوره عن سائر الأبنية. والصريح في الاصطلاح هو اللفظ الذي ظهر المراد منه ظهورًا بينًا في الاستعمال والعرف، حقيقةً كان أو مجازًا، أو هو ما لم يستتر المراد منه لكثرة استعماله فيه. ويحصل انكشاف معنى الصريح بالتنصيص والتفسير، كما يحصل بكثرة الاستعمال[٢٣]، وبهذا يدخل فيه النصُّ والمفسَّر والمحكم.

ويتعلَّق الصريح والكناية بالألفاظ المتداولة في العقود والزواج والطلاق والقذف. من ذلك قول العاقد: بعتُ واشتريت، وكقولك: إن فلانًا يأكل أموال الناس. فبعتُ واشتريت صريح في الحقيقة، وأكل أموال الناس صريح في إرادة المعنى المجازي، ويفهم الناس وروده في معنى الغصب والنهب والسرقة، ويكثر استعمالهم له في هذا المعنى. وحكم الصريح تعلُّق الحكم بعين الكلام، وقيامه مقامه، حتى استُغني عن النيَّة[٢٤]، فإنه إذا استخدم لفظ الطلاق الصريح وقع الطلاق مباشرة وترتَّب عليه حكمه.

أما الكناية فهي اللفظ الذي استتر المراد منه لقلَّة وروده في المعنى الدالِّ عليه وعدم استعماله فيه كثيرًا. من ذلك أن يقول لامرأة بأنها ليست من الشريفات، أو يقول لزوجته: الحقي بأهلك أو لستِ بزوجة لي؛ فهذه الكنايات قد تدلُّ في الاستعمال على انصراف النيَّة إلى الاتهام بالزنا أو أنها ليست من النَّسَب الشريف، وكذا قد تدلُّ على انصراف النيَّة إلى الطلاق أو الرغبة في تركها المنزل أو أنها لا تحسن معاملته؛ ولهذا فإن الأحكام لا تترتَّب على ألفاظ الكناية إلا بالنيَّة، وهو ما يتضح فيما أخذ به مرسوم (١٩٢٠م) المصري في عدم وقوع الطلاق بالكنايات إلا بالرجوع إلى نيَّة المتلفِّظ بها، طبقًا لما تقدَّمت الإشارة إليه.

---

(٢٣) كشف الأسرار (١/ ٦٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي، دار الكتب العلمية، (١٩٩٠م)، ص٢٩٣؛ وأصول السرخسي (١/ ١٨٧).

(٢٤) كشف الأسرار (٢/ ٢٠٣)، وشرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٠٣)، والبحر المحيط للزركشي (٣/ ١٣٤).

ثانيًا: العموم والخصوص

(١) تقديم:

تتجه القاعدة القانونية إلى مخاطبة جميع الخاضعين لأحكامها دون تمييز بينهم، مما توجبه قاعدتا العدل والمساواة. ويرد التعبير عن ذلك بصيغ معينة مثل: من يفعل كذا فإن كذا سوف يحدث له، أو جميع من يفعل هذا الفعل فإنه يلقى نتيجة كذا. ومن ذلك أيضًا ما جاء في المادة (١٥) مدني مصري التي تنصُّ على أنه: «يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها»، حيث يجري تطبيق قانون بلد المدين في النزاعات المتعلِّقة بالنفقة على الأقارب. ومنه كذلك ما جاء في المادة (٤٩) مدني مصري التي تنصُّ على أنه: «ليس لأحدٍ النزول عن حريته الشخصية»؛ إذ ينطبق ذلك على كل أحدٍ. وكذا فإن «كل شخص يبلغ سنَّ الرشد متمتعًا بقواه العقلية، ولم يُحجر عليه، يكون كامل الأهليَّة لمباشرة حقوقه المدنيَّة» طبقًا لما جاء في المادة (٤٤) مدني مصري.

غير أن بعض القواعد ليس لها صفةُ العموم في التطبيق، وإنما تتجه إلى التطبيق في دائرة أخصَّ من ذلك؛ فالمستأجر الذي يستحقُّ الطرد من المسكن المؤجَّر هو الذي يلحق به سببٌ من أسباب إنهاء العقد، كالامتناع عن دفع الإيجار. أما الذين تسري عليهم أحكام الإجارة من حقِّ الانتفاع بالمأجور، فهم عموم المستأجرين. من ذلك - على سبيل التوضيح - أن المادة (٩٠) مدني مصري تحصر التعبير عن الإرادة لانعقاد العقد في اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفًا. وقد حدَّدت المادة (١٢١) نوع «الغلط الجوهري» في العقد الذي يترتَّب عليه الحكم بوقف العقد.

ولذا فإن تحديد العموم والخصوص في المخاطبين بالقاعدة القانونية أو الحكم الشرعي أمرٌ لا غنى عنه عند تفسير النصّ والوقوف على معناه لإدراك مجال العمل بالقاعدة أو الحكم.

وتخصِّص مؤلفات تفسير النصوص في الفكر القانوني الإنجليزي حيزًا لمناقشة صيغ العموم، وتحديد أساليب فهمها، وتحديد معانيها. ولذا يفرد (Maxwell) الفصل الثالث من كتابه (The Interpretation of Statutes) لتناول ألفاظ العموم بعنوان: (Treatment of General Words)، ويدلُّ هذا على مدى أهمية تحديد صيغ العموم ومعرفة معانيها ودلالاتها عند التعرض لمناقشة ضوابط تفسير النصوص.

(٢) تعريف العامِّ:

يُعرَّف العامُّ بأنه اللفظ الدالُّ على جميع أفراده التي ينطبق عليها في الاستعمال اللغوي على سبيل الشمول والاستغراق دون حصر في بعض هذه الأفراد. ولا يخرج عن ذلك تعريف البزدوي له بأنه: «كل لفظ ينتظم جمعًا من الأسماء لفظًا أو معنًى»[٢٥]، أو تعريف أبي الحسين البصري بأنه: «اللفظ المستغرق لما يصلح له»[٢٦]. واختار الغزالي تعريفه بأنه: «اللفظ الواحد الدال من جهة واحدة على شيئين فصاعدًا»[٢٧]. ومعيار إرادة العموم جواز الاستثناء[٢٨]. يوضِّحه أنك إذا قلتَ: رجل في الدار، فإنك تنفي وجود أيِّ رجلٍ في الدار. وتدلُّ كلمة «رجل» المنفيَّة على جميع أفراد الرجال، وتشملهم جميعًا، ويصحُّ الاستثناء، كأن تقول: إلَّا رجلًا.

ومن العموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ

---

(٢٥) الكافي شرح البزدوي للسغناقي (١/ ٢٠٦).

(٢٦) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لمحب الله ابن عبد الشكور أسفل المستصفى للغزالي، (١٣٢٢هـ)، (١/ ٢٥٥)؛ ومناهج العقول للبدخشي، (١٩٨٤م)، (٢/ ٧٥).

(٢٧) المستصفى (٢/ ٣٢).

(٢٨) نهاية السول للإسنوي (٢/ ٨٥).

﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾ [الطلاق: ٤]؛ إذ يدلُّ ذلك على أن ثلاثة أشهر هي عدَّة المطلَّقة التي لا تأتيها الدورة الشهرية. ويصدق ذلك على كل مطلَّقة يئست من مجيء الدورة الشهرية، ولا يختصُّ ببعضهنَّ دون البعض الآخر. ولهذا فإن لفظ (اللائي) في الآية من ألفاظ العموم؛ لأنه يدلُّ على جميع أفراده على سبيل الاستغراق والشمول. ومنه أيضًا قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١]، وقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النور: ٢].

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾ [النساء ٩٢]؛ إذ معناه أن من يقتل مؤمنًا على سبيل الخطأ فعليه كفارة القتل الخطأ، وهي تحرير رقبة مؤمنة، ولأهله الدية، ولا يختصُّ هذا بقاتلٍ دون آخر؛ بل يشمل جميع أفراد القتلة على سبيل الخطأ، ويستغرقهم جميعًا، وبهذا فإن لفظ «من» من ألفاظ العموم وتستوعب جميع الأفراد مرة واحدة. وتتفق إرادة العموم الذي يدخله الخصوص مع الاستعمال الجاري في اللغة العربية، طبقًا لما أوضحه الشافعي[٢٩].

ومن العموم في السُّنة قوله ﷺ: «لا يرث القاتل»؛ إذ يفيد أن أيَّ قاتلٍ لا يستحقُّ الميراث. وإنما يأتي العموم من جهة اللغة، نحو: كل وجميع، أو من جهة عرف الاستعمال، أو العقل والمنطق، أو القانون؛ إذ تشمل حوالة الدَّين المقررة في المادة (٣١٥) مدني مصري جميع الديون المعتبرة قانونًا. وتشمل حوالة الحقِّ ضماناته، كالكفالة والرهن، طبقًا لما جاء في المادة (٣٠٧) مدني مصري.

ومنه كذلك ما جاء في المادة الأولى من قانون العقوبات المصري التي نصَّت على أنه: «تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمةً من الجرائم المنصوص عليها فيه»؛ فلفظ: «كل» من ألفاظ العموم. ومنه ما جاء أيضًا في المادة الثانية من القانون نفسه، ونصُّها: «تسري أحكام هذا القانون على الأشخاص الآتي ذكرهم:

---

(٢٩) الشافعي، الرسالة، تحقيق شاكر، فقرات: (١٧٣-١٧٩-٢٠٧-٢١٤-٣٢٥-٤٢٥-٤٦٦-٤٨٥-٥٨٨-٦٢٤-٦٥٤).

أولًا: كل من ارتكب في خارج القطر فعلًا يجعله فاعلًا أو شريكًا في جريمة وقعت كلها أم بعضها في جمهورية مصر العربية.

ثانيًا: كل من ارتكب خارج جمهورية مصر العربية جريمةً من الجرائم الآتية:

أ - جناية مُخِلَّة بأمن الحكومة، مما نصَّ عليه في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون.

ب - جناية تزوير مما نصَّ عليه في المادة (٢٠٦) من هذا القانون.

ج - جناية تقليد أو تزوير عملة ورقية». ومنه أيضًا ما جاء في المادة الثالثة من هذا القانون، ونصُّها: «كل مصريٍّ ارتكب - وهو في خارج القطر - فعلًا يعتبر جنايةً أو جنحةً في هذا القانون، يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر، وكان الفعل معاقبًا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه». ومن الواضح أن لفظ: «كل» الوارد هنا مما يفيد القصد إلى الشمول والاستغراق، على حين جاءت ألفاظ مطلقة عديدة احتوت المواد المذكورة على ما يقيدها، مثل الأشخاص، وجناية التزوير والتزييف، حيث جاء تقييدها بما لا يخفى من القيود.

(٣) بين العامِّ والمطلق:

العامُّ يدلُّ على جميع أفراده دفعةً واحدة؛ فقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ [البقرة: ٢٤١]، ينصرف إلى جميع المطلقات، ويدلُّ على أن لكل واحدةٍ منهنَّ المتعة التي تُعَدُّ نوعًا من التعويض المالي، فلفظ المطلقات يفيد العموم. أما المطلق فلا يدلُّ على جميع الأفراد التي يدلُّ عليها اللفظ، وينصرف إلى فردٍ شائع أو أفرادٍ شائعة في جنسه. من ذلك أن تقول: قابلت رجالًا أو رجلًا في الطَّريق، فلا يعني هذا أنك قابلت جميع الرجال، وإنما يفيد مقابلتك لرجلٍ واحدٍ أو بضعة رجال.

وهذا هو معنى القاعدة القاضية بأن: «عموم العام شموليٌّ وعموم المطلق بدليٌّ»، والفرق بين الشمولي والبدلي أن الشمولي يستغرق جميع الأفراد دفعة

واحدة، على حين أن البدلي ينصرف إلى هذا الفرد أو ذاك من بين الأفراد الذين يشملهم اللفظ المطلق، ففي المثال نفسه: قابلت رجلًا في الطريق، دلالة على أنك قابلت فردًا واحدًا من بين الأفراد الذين يصدق عليهم لفظ الرجل.

ألفاظ العموم:

للعموم ألفاظٌ كثيرة تدلُّ عليه، من بينها:

أ - **كل وجميع**، من ذلك قوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيِٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] في الدلالة على مسؤولية كل فردٍ عن عمله دون استثناء. ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] في الدلالة على أن الله سبحانه وتعالى قد خلق جميع ما في الأرض.

ب - **الجمع المعرَّف بأل الجنسية أو بالإضافة**، كقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإن كلمة «المطلقات» تدلُّ على جميع أفرادهنَّ، ولا تختصُّ ببعضهنَّ. ومنه كذلك قوله تعالي: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] في القتل العمد.

ومثال الجمع المعرف بالإضافة قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، فإن لفظ (أولادكم) يعمُّ جميع الأولاد؛ لأن (أولاد) جمع مضاف إلى ضمير المخاطبين (كم). أما لفظ (للذكر) فهو من ألفاظ العموم؛ لأنه مفرد معرَّف بأل الجنسية، فيشتمل الذكر من الأولاد، دون اختصاصٍ بالبعض.

ج - **أسماء الاستفهام والشرط والأسماء الموصولة**، ومن أسماء الاستفهام (مَنْ) في قوله: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَـٰعِفَهُۥ لَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٤٥]؛ لأنه يشمل أيَّ شخصٍ يتقدَّم بالإقراض. ومن أسماء الشرط قوله تعالى: ﴿مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠]، وقوله: ﴿مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ﴾ [النساء: ١٢٣]، وقوله: ﴿مَّنْ عَمِلَ صَـٰلِحًا فَلِنَفْسِهِۦ ۖ وَمَنْ أَسَآءَ فَعَلَيْهَا﴾ [فصلت: ٤٦]، ومن الأسماء الموصولة قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فإن عدَّة من يتوفَّى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، ويستغرق ذلك جميع من تُوفي عنها زوجها إذا لم تكن حاملًا.

د - **النكرة الواقعة في سياق النفي**، كقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»، فإن لفظ وصية نكرة منفية بلا، فيعم النفي جميع الوصايا، ولا يحكم بصحَّة أية وصية للورثة. ومنه كذلك قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فإن «ضرر» و«ضرار» منفيان بلا، فيتجه النفي إلى الأضرار جميعها دفعة واحدة، ولا يرتفع بعضها دون البعض الآخر.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا﴾ [التوبة: ٨٤]، فإنه يفيد النهي عن الصلاة على أيٍّ واحدٍ من هؤلاء المنافقين الذين تخلَّفوا عن الخروج للقتال معه. أما في سياق الإثبات، فإن النكرة لا تعمُّ. ولذا لو قلت: جاء رجل، فهذا يعني مجيء رجلٍ واحدٍ شائعٍ في جنسه، ولا يفيد مجيء الرجال. وكذا لو قلت: قابلت رجالًا، فإنك لا تعني أنك قابلت الرجال جميعهم، وإنما تعني أنك قابلت عددًا من الرجال. والقاعدة أن النكرة في سياق النفي تعمُّ، وفي سياق الإثبات لا تعمُّ.

(٤) دلالة العامِّ على أفراده قبل التخصيص:

اختلف الأصوليون في دلالة العامِّ على أفراده قبل التخصيص، فذهب الشافعية ومَنْ وافقهم إلى أن دلالة العامِّ على استغراق أفراده وشمولهم دلالةٌ ظنيَّة.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى استقراء ألفاظ العموم، ودلالتها في أكثر الأحوال على الخصوص؛ ولذا شاع القول بأنه ما من عامٍّ إلا وقد خُصِّص. وإذا كانت ألفاظ العموم تفيد الخصوص في أكثر الأحوال، فمعناه وجوب الاحتراس في تحديد مدلول ألفاظ العموم والبحث عن أدلَّة التخصيص قبل التأكُّد من هذا الذي يدلُّ عليه العموم.

أما جمهور الأحناف فيذهبون إلى أن دلالة العامِّ على استغراق أفراده وشمولهم دلالةٌ قطعيَّة لا ظنيَّة؛ لأن اللفظ موضوعٌ في اللغة للدلالة على جميع أفراده، وهو ما يفيده ظاهرًا، ولا يدلُّ على الخصوص إلا بدليلٍ يوجبه، فلزم القطع بدلالته على أفراده.

توضيح ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] قاطعٌ في الدلالة على استحقاق كل سارق أو سارقة هذه العقوبة. وقوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة، فهي له»، يفيد استحقاق ملكيَّة الأرض لمن أحياها واستصلحها؛ فالإحياء هو سبب المِلك الذي يستحقه أي شخصٍ يقوم به. وقد استدلَّ عمر بن الخطاب على اجتهاده في وضع الخراج على الأرض المفتوحة وعدم قسمتها بين الغانمين بعموم قوله تعالى في سورة الحشر: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ١٠]، أي: من الأجيال التالية الذين لم يحضروا الفتح، وهذه الآية في هذا الحكم كما يقول السرخسي: «نهاية في العموم»(٣٠).

أما الشافعية فيرون أن العامَّ يدلُّ على أفراده جميعهم، لكن لا على وجه القطع واليقين، بل على وجه الظنِّ؛ استقراءً للمقصود من استعمال العامِّ، وتحسبًا لظهور المخصِّص، فإن القطع بإرادة الشمول من العامِّ لا بدَّ أن يقوم على النظر في الأدلَّة الأخرى والبحث فيما قد تنطوي عليه من تخصيصٍ، ولا سبيل إلى الجزم بعدم وجود التخصيص؛ فينتج عنه الانتهاء إلى أن شمول أفراد العام ظنيٌّ وغير يقينيٍّ.

ويترتَّب على الخلاف بين الأحناف والشافعية في وجه دلالة العامِّ على أفراده واستغراقه أو شموله لهم على وجه اليقين والظنِّ أن الأحناف لا يجيزون تخصيص عموم الكتاب والسُّنة المتواترة إلا بدليلٍ قطعيٍّ، حتى يكون في مستوى القطع الذي يفيده العموم. وبهذا فإن عموم الكتاب والسُّنة المتواترة لا يجري تخصيصه بحديث آحاد أو بقياس. أما الشافعية فيرون جواز تخصيص عموم الكتاب والسُّنة المتواترة بخبر الواحد والقياس لإفادتهما الظنَّ المماثل لما يفيده العام في شمول أفراده.

ويتضح هذا الخلاف بالنظر إلى الأمثلة التالية:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًاۗ﴾ [آل عمران: ٩٧]، فيه دليل على أنه

---

(٣٠) أصول السرخسي (١/ ١٣٥)، وهذا الكتاب البالغ الأهمية بحاجة إلى تحقيقٍ شاملٍ بقدر هذه الأهمية.

لا يجوز قتال من دخل الحرم، ولا حقَّ لأحدٍ في مهاجمته. وينسحب هذا الحقُّ على كل أحدٍ؛ لأن (ومن دخله) من ألفاظ العموم. وإذ تدلُّ (من) على أفرادها الذين تشملهم بوجه العموم على سبيل القطع واليقين عند الأحناف، فإنه لا يجوز تخصيص الحكم بأمان من يدخل الحرم بحديث آحاد أو قياس. أما عند الشافعية فإن دلالة العامِّ على أفراده دلالةٌ ظنيَّة. ولذا يجوز عندهم تخصيص هذا الحكم بخبر الواحد؛ فيفيد قوله ﷺ: «الحرم لا يعيذ عاصيًا ولا فارًا بدم»، أن الأمان الذي ينعم به المرء في الحرم مقيَّدٌ بألَّا يكون مرتكبًا لجريمة قتلٍ أو لمعصية معاقب عليها بالقتل.

ب - يفيد قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، تحريم كل ذبيحة لم يُذكر اسم الله عليها عند الأحناف؛ لأن (ما) في قوله (مما) من ألفاظ العموم الدالَّة على أفرادها على وجه القطع واليقين عندهم، فلا يخصِّصها خبر الواحد المفيد للظنِّ. ويخالف الشافعية في هذا، ويرون أن دلالة العام على أفراده ظنيَّة؛ فيصح تخصيصه بخبر الواحد. ولذا فإن قوله ﷺ: «المسلم يذبح على اسم الله سمَّى أو لم يسمِّ» يصلح مخصصًا لعموم الآية، فلا تحرم ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عامدًا أو ساهيًا.

وبهذا ترتفع حجيَّة خبر الواحد إلى معارضة عموم الكتاب لتخصيص هذا العموم عند الشافعية، خلافًا للأحناف الذين احتفظوا لعموم الكتاب بقطعيَّة دلالته على أفراده حتى يمتنع تخصيصه بخير الواحد. وهم يحتفظون لعموم الكتاب بمرتبةٍ أعلى من تلك التي يحظى بها هذا العموم عند الشافعية.

وبهذا فإن الخلاف بين الأحناف والشافعية في وجه دلالة العام على أفراده يرجع في أساسه إلى النظر في ترتيب الأدلَّة وإعطاء القرآن الكريم حجيَّة مطلقة على غيره من المصادر الأخرى أو الدفع بالسُّنة التي هي في جملتها أخبار آحاد إلى مرتبة مماثلة في الحجيَّة - إلى حدٍّ كبير - للقرآن الكريم، حتى إنها لتخصِّص عمومه. ولعل الشافعي استحقَّ لقب ناصر السُّنة لهذا التوسُّع في إعمال السُّنة وإكسابها حجيَّة قريبة من حجيَّة نصوص القرآن العامَّة.

ويعقد الشافعي في الرسالة بابًا كاملًا لبيان اشتمال القرآن على نصوصٍ عامَّة خصَّصتها السُّنة الأحادية، من ذلك:

- قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١].

- وقال: ﴿وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٞۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٞ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡنَۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ﴾ [النساء: ١٢].

- وقال: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١٢].

فهذه الأنصباء التي حدَّدها النصُّ العامُّ قد خصَّصتها سُنَّة النبيِّ الآحادية، «فأبان النبيُّ أن الوصايا مُقْتَصَرٌ بها على الثلث، لا يُتَعدَّى، ولأهل الميراث الثلثان، وأبانَ أن الدَّين قبل الوصايا والميراث، وأن لا وصيَّة ولا ميراث حتى يستوفي أهلُ الدَّين دينهم. ولولا دلالةُ السُّنة ثم إجماعُ الناس لم يكن ميراث إلا بعد وصيَّة أو دَين، ولم تعد الوصيةُ أن تكون مُبدَّاةً على الدَّين أو تكون هي والدَّين سواء»[٣١].

- قال تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ٣٨﴾ [المائدة: ٣٨]، فخصص هذا العموم بألَّا قطع في سرقة الثمار، أو سرقة المال القليل الذي لم يبلغ مبلغ النصاب، وهذا التخصيص إنما أتى من السُّنن الأحادية.

(٥) دلالة العامِّ بعد التخصيص:

يتفق الأحناف والشافعية على ظنيَّة دلالة العام على شمول أفراده واستغراقهم بعد ورود التخصيص. وهذا الاتفاق بينهما في ظنيَّة دلالة العام على أفراده بعد تخصيصه هو الذي يسَّر للأحناف تخصيص عموم الكتاب بالسُّنة وإعمال السُّنة في أكثر الأحوال. ذلك أن الأحناف لا ينازعون في تخصيص أخبار الآحاد للعموم في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١١]، وفي سائر الأمثلة الأخرى المذكورة فيما سبق، كما أن أحدًا لا ينازع في دور السُّنة في القيام بهذا التخصيص. ذلك أن نصوص

---

(٣١) الرسالة للشافعي، تحقيق: شاكر، ص٦٦.

الكتاب عامَّةٌ في أكثر أحوالها، ولا يتيسَّر إعمال الأحكام التي أتت بها هذه النصوص إلا ببيان السُّنة لها عن طريق تفسير المجمل وتخصيص العام وتقييد المطلق.

وفي إيجاز، فإن الذي يوضِّح مشكلة دلالة العام على أفراده عند علماء المذهب الحنفي أن هؤلاء العلماء قد نظروا إلى هذه المشكلة من وجهين:

أولهما: وجوب تقديم حجيَّة القرآن على السُّنة الأحادية واعتباره قاضيًا عليها ومعيارًا للحكم بعدم صحتها إذا خالفته.

والثاني: دور السُّنة في بيان أحكام القرآن بتخصيص عمومه أو تقييد مطلقه.

وكان الحلُّ الذي توصَّل إليه هؤلاء العلماء هو التفريق بين دلالة العام على أفراده بعد تخصيصه، ودلالته على أفراده قبل ورود التخصيص عليه؛ مراعاةً لحاجة نصوص القرآن إلى السُّنة في توضيح المجمل وتخصيص العام وتقييد المطلق.

أما الشافعية فلم تكن لديهم هذه المشكلة، ولم يجدوا ضرورةً لتأكيد تقديم القرآن في الرتبة على السُّنة، حيث يجب العمل بها هي الأخرى متى صحَّ ثبوتها عن النبيِّ.

ويجب القول بعد هذا كلِّه بأن هذا الخلاف النظري وإن أثمر عددًا من الاختلافات المحدودة، قد أدى إلى تعقيد موضوع دلالة العام من الوجهة الأصولية. ولعل هذا التعقيد كان في ذهن الشاطبي حينما حاول التغلُّب عليه عن طريق تأكيد هذين المبدأين على النحو الذي يرد توضيحه فيما يلي.

(٦) رأي الشاطبي في دلالة العام:

أكَّد الشاطبي في تحديده لدلالة العام المبادئ التالية:

أولها: المراد من العموم ما استفيد من الصيغ المخصوصة في اللغة أو ما ستفيد من معاني النصوص، مما ثبت على الإطلاق والعموم، «بناءً على أن

الأدلَّة المستعملة هنا إنما هي الاستقرائية المحصلة بمجموعها القطع بالحكم»[٣٢]، وذلك مثل تحريم الظلم والتعدي والضرر، وإيجاب العدل والإحسان والرفق وما إلى ذلك مما يفيده تعريفه للعام. ولا ينفي الشاطبي أن للعموم صيغًا وضعية في اللغة العربية، غير أن «سياق الاستعمال»[٣٣]، هو الذي يحدِّد ما تفيده هذه الصيغ[٣٤].

الثاني: دلالة العام على أفراده بحسب الاستعمال قطعيَّة يقينيَّة؛ وذلك لأن غالب الأدلَّة الشرعية من العمومات، فإذا عُدَّت من المظنونات أدى ذلك إلى توهين هذه الأدلَّة وتضعيفها، وهي الأساس لغيرها[٣٥].

والثالث: أفراد العام الذين يشملهم هم الذين تشملهم صيغته بحسب عوائد الناس في الاستعمال، والسياقات والقرائن. وبعبارته: «أن العموم إنما يعتبر بالاستعمال»[٣٦]. وإنما يتوقف فهم عموم الاستعمال على فهم المقاصد والقواعد الشرعية[٣٧]. ويختلف العموم العادي الاستعمالي الذي يحدِّده السياق عن العموم اللغوي الذي تفيده الصيغة بذاتها مما قد لا يكون مقصودًا من العبارة. ويوضِّح الشاطبي مفهوم العموم العادي بالتفريق بين مستويين من دلالة العام: أحدهما ما تدلُّ عليه الصيغة في صيغتها، مثل كل وجميع في دلالتهما على الاستغراق والشمول بحسب ما يختصان به في اللغة، «وإلى هذا النظر قصد الأصوليون؛ فلذلك يقع التخصيص عندهم بالعقل والحسِّ وسائر المخصِّصات المنفصلة. والثاني بحسب المقاصد الاستعمالية التي تقضي العوائد بالقصد إليها، وإن كان أصل الوضع على خلاف ذلك»[٣٨].

---

(٣٢) الموافقات للشاطبي (٣/ ٢٦٠-٢٩٨).

(٣٣) نفسه (٣/ ٢٧٣). ويشير هذا الاصطلاح إلى منهج مِختلفٍ عن مناهج سائر الأصوليين في تناول موضوع العموم والخصوص، حيث ستقلُّ أهمية تحديد صيغ العموم، والخلاف في دلالته على الظنِّ أو اليقين، وقبل التخصيص أو بعده.

(٣٤) نفسه (٣/ ٢٦٩).

(٣٥) نفسه (٣/ ٣٠٦).

(٣٦) نفسه (٣/ ٢٧١).

(٣٧) نفسه (٣/ ٢٧٥).

(٣٨) نفسه (٣/ ٣٦٩).

يوضِّحه أن قوله تعالى: ﴿خَٰلِقُ كُلِّ شَيْءٍ﴾ [الزمر: ٦٢]، لا يشمل نفسه؛ لأنه وإن دخل في مفهوم كل شيء بحسب الدلالة المنطقية أو المعجمية للكلمة، فإنه لا يدخل في مقصود الاستعمال وغرض المتكلِّم. وهذا يتفق مع مسلك العرب في حديثهم العادي، حيث يمكن أن يُفهم من عبارة: زرت بلاد مصر كلها، مجرَّد التوقف عند بلادها الرئيسة دون قصدٍ إلى القرى والنجوع الصغيرة. أما فهم قوله تعالى: ﴿إِنَّكُمْ وَمَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ حَصَبُ جَهَنَّمَ﴾ [الأنبياء: ٩٨]، بأنه يستلزم دخول الملائكة والمسيح جهنَّم؛ لأن البعض قد عبدهما من دون الله؛ فيُحمل على أن هؤلاء المعبودين الذين زينوا الضلال لغيرهم هم الذين يستحقون التخليد في جهنَّم، ومن المؤكَّد أن العموم الذهني أو المعجمي الذي يدلُّ عليه لفظ (ما) في الآية لا يقصد فيه إلى اشتمال أيٍّ من الملائكة أو المسيح أو غيرهما من المعبودين الذين لا دخل لهم في إضلال هؤلاء العابدين.

وهكذا فإن المتكلِّم قد يأتي بلفظ عموم مما يشمل بحسب الصيغة اللغوية نفسَه وغيره، وهو لا يريد نفسَه ولا يريد أنه داخلٌ في مقتضى العموم. وكذلك قد يقصد بالعموم بعض ما يشمله اللفظ دون غيره مما يدخل فيه، كما أنه قد يذكر البعض في لفظ العموم ومراده من ذكر البعض الجميع، كما تقول: فلان يملك المشرق والمغرب، والمراد جميع الأرض، وضرب زيد الظهر والبطن، ومنه قوله تعالى: ﴿رَبُّ ٱلْمَشْرِقَيْنِ وَرَبُّ ٱلْمَغْرِبَيْنِ ۝١٧﴾ [الرحمن: ١٧]، ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى فِى ٱلسَّمَآءِ إِلَٰهٌ وَفِى ٱلْأَرْضِ إِلَٰهٌ﴾ [الزخرف: ٨٤]، فكذلك إذا قال: «من دخل داري أكرمته، فليس المتكلِّم بمراد. وإذا قال: أكرمت الناس، فإنما المقصود من لقي منهم، فاللفظ عامٌّ «فيهم خاصَّة، وهم المقصودون باللفظ العام».

ويشير الشاطبي إلى تنبيه عددٍ من علماء الأصول على قاعدة العموم الاستعمالي العادي، وأن العموم الذي يدلُّ عليه اللفظ لا يشمل كلَّ المفردات التي يمكن أن تدخل في اللفظ من الناحية اللغوية مما قد لا يكون مقصودًا للمتكلِّم، وإنما يجب تفسير ألفاظ العموم لتحديد مفرداتها بحسب قصد المتكلِّم منها.

ويضرب الشاطبي مثالا لذلك مما قاله الغزالي بأن قوله: «أيما إهابٍ دُبِغَ

فقد طهُرَ»، لا يشمل بين مفرداته إهاب الكلب، فإن جلده مع دخوله في لفظ العموم «أيما إهاب» من الناحية اللغوية، فإنه غير داخلٍ فيه بالنظر إلى قصد الشارع، ومن يسمعه من العرب عند قول هذا النصّ لا يفهم منه الإشارة إلى جلد الكلب، فيحمل عليه كلام الشارع ولا بدّ.

وعلى سبيل المقارنة، فإن قواعد التفسير الخاصّة بألفاظ العموم في القانون الإنجليزي تضمُّ هذه القاعدة الأساسية القاضية بوجوب تفسير لفظ العموم وَفْقَ المقصود منه ونيّة المشرِّع، حسبما يتجه إليه السياق وتدلُّ عليه القرائن، «حتى يحمل اللفظ العام على معنى الخصوص إذا اتضح أنه هو المقصود منه». وتوضيحًا لذلك، فإن كلمة قرصنة (Piracy) في قانون تسليم المجرمين (Extradition Act) الصادر عام (١٨٤٣م) تنفيذًا للمعاهدة المبرمة بين بريطانيا العظمى آنذاك وبين الولايات المتحدة، قد تمَّ تفسيرها بما يخصها بهؤلاء القراصنة الذين يقومون بأعمال التجارة في العبيد؛ وإنما ذلك لأن القراصنة الذين يقومون بالأعمال الأخرى كانوا محرومين من طلب اللجوء (asylum) في أيٍّ من البلدين. وبهذا فُسِّرت الكلمة العامَّة (Piracy) بما يعطيها معنًى خاصًّا.

والنتيجة التي يجب أن تترتَّب على مفهوم «عموم الاستعمال العادي»، المقبول لدى الشاطبي، وفي هذا النظام القانوني؛ هي نفي التخصيص في الحالات لم يقصد فيها إلى العموم من أول الأمر. ولذا يلزم فهم ما يُروى من أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمْ يَلْبِسُوٓاْ إِيمَٰنَهُم بِظُلْمٍ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱلْأَمْنُ وَهُم مُّهْتَدُونَ ﴿٨٢﴾﴾ [الأنعام: ٨٢]، وقول بعض الصحابة: وأينا لم يلبس إيمانه بظلم؟ على أنهم فهموا لفظ «ظلم» في إطاره العامّ بمعنى اشتمال كل ظلم دقَّ أو عظم، صغر أو كبر، وعلى أنهم غير داخلين في الحكم بالاهتداء والمكافأة باستحقاق الأمن. ولذا بيَّن لهم النبيُّ نفيًا لهذا الالتباس أن المقصود بالظلم هو الشرك بالله.

دخول النساء عند خطاب الرجال:

يغلب أن يتجه الخطاب في النصوص للذكور بالصيغ الدالَّة عليه كقوله

تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١]، وقوله: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وكقوله: ﴿وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وكقوله: ﴿أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، فإن ضمائر الخطاب والغياب للمذكَّر في هذه الآيات موجَّهةٌ في مدلولها اللغوي المعجمي للرجال، فهل تتصرف إلى النساء كذلك، وكيف؟

لا شكَّ في أن الخطاب في هذه النصوص يعمُّ الرجال والنساء على السَّواء؛ لأنه لا دليل على قصر التكليف في أيٍّ منها على الرجال؛ لِما هو مقطوع به من عموم الرسالة. لكن جرى التأثر بالبحث اللغوي في التساؤل عمَّا إذا كانت هذه الصيغ المستخدمة في الخطاب الشرعي موضوعةً للذكور وحدهم، أو أنها موضوعةٌ للذكور والإناث، فتكون من قبيل المشترك؟ أم أنها تدلُّ على الرجال بوجه الحقيقة وعلى النساء بوجه المجاز، فتفتقر إلى القرينة؟ يجيب البعض عن هذا السؤال بأن اشتمال الخطاب بصيغ المذكَّر على النساء بوجه الحقيقة، على حين يذهب الجمهور إلى أن دلالة الخطاب بصيغ المذكَّر على النساء من قبيل المجاز الذي يفتقر إلى القرينة.

يقول ابن حزم: «إذا ورد الأمر بصورة خطاب الذكور، فهو على الذكور دون الإناث، إلا أن يقوم دليلٌ على دخول الإناث فيه. واحتجوا بأن قالوا إن لكلِّ معنًى لفظًا يُعبَّر به عنه؛ فخطاب النساء افعلن، وخطاب الرجال افعلوا... وذهبت طائفةٌ أخرى إلى أن خطاب الذكور يدخل فيه النساء والإناث، إلا أن يأتي نصٌّ أو إجماعٌ على إخراج النساء والإناث من ذلك»[٣٩]. ويرجِّح ابن حزم الرأي القاضي بانصراف الخطاب بصيغة الذكور إليهم وحدهم إلا إذا وجِدت قرينةٌ تدخلهنَّ فيه؛ لأن اختيار الصيغة الخاصَّة بهم يدلُّ على اختصاص الخطاب بهم.

ومع هذا، فإن وجهة النظر الأولى هي الأقربُ إلى الصواب، من جهة أن قصدَ الشرع من إلقاء التكليفات هو العموم، وهو ما يصلح أن يكون قرينةً عامةً على إرادة توجيه الخطاب بصيغة المذكَّر السالم أو التكسير إلى عموم الرجال

---

(٣٩) الإحكام لابن حزم، بإشراف أحمد شاكر، (١٣٤٥هـ)، (١/ ٣٢٤).

والنساء، إلا أن يراد الرجال وحدهم فينصرف الخطاب إليهم وحدهم، من مثل قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وهذا هو الأقرب إلى مسلك الشارع ومقصوده في توجيه الخطاب بالصيغ الخاصَّة بالذكور إلى عموم الرجال والنساء فيما لا يُحصى من الأمثلة. وعلينا لهذا أن نرجِّح اتجاه الخطاب بهذه الصيغ إلى الرجال والنساء معًا بوجه الحقيقة وليس على سبيل المجاز، إلا إذا ظهرت قرينةٌ تصرف عن إرادة العموم والشمول إلى الاختصاص بالرجال وحدهم.

(٧) قَصْدُ العموم من الخطاب الخاصِّ:

يُقصَد العموم من الخطاب الخاصِّ في الأحوال التالية:

أ - عموم الخطاب الموجَّه إلى الناس في عصر الرسول، وشموله من يأتي بعدهم في العصور التالية؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَۚ﴾ [الأنعام: ١٩]، وللأدلَّة المتعلِّقة بعموم بعثته ﷺ. والخلاف فيما إذا كان هذا الاشتمال على سبيل الحقيقة أو المجاز على النحو السابق ذكره؛ ولذا فإن قوله: «صلوا كما رأيتموني أصلي»، يتجه إلى جميع العصور.

ب - الخطاب الخاصُّ بواحدٍ من الأمَّة يعمُّ غيره؛ ولذا فإن إجابة الرجل الذي جاء يسأل النبيَّ عمَّا يفعله بعد أن واقع أهله في نهار رمضان، ببيان خصال الكفارة، لا تنصرف إلى السائل وحده، وإنما تشمل غيره من سائر أفراد الأمَّة.

ج - الخطاب المتجه للرسول إذا لم يدل دليلٌ على الاختصاص، مثل قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]؛ فإن الأمر بالشورى لا يختصُّ بالرسول، وإنما يعمُّ غيره كذلك.

د - الخطاب المتجه للأمَّة يشمل الرسول كذلك، فإن قوله تعالى في وجوب نسبة الولد المتبنَّى لأبيه بتوجيه الخطاب إلى الناس في عصر الرسول يشملهم ويشمل غيرهم ممَّن يأتي بعدهم، وشاملٌ للنبيِّ كذلك. ولذا كان قوله تعالى في شأن هؤلاء الأولاد: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥]، موجَّهًا إلى الرسول وإلى الأمَّة كذلك.

(٨) عموم المقتضى:

المقتضي بكسر الضاد (اسم الفاعل) هو اللفظ الذي لا يستقيم معناه وصحته عقلًا أو شرعًا إلا بإضمار محذوف، وهذا المحذوف هو المقتضى بفتح الضاد (اسم المفعول). أما إذا وجِدت تقديراتٌ متعدِّدة يستقيم معنى الكلام وصحته بواحدٍ منها، فيلزم تقدير أحدها بدليله دون غيره عند من لا يرون عموم المقتضى، وهم جمهور الأصوليين(٤٠). وينسب بعض الأصوليين من الأحناف القولَ بعموم المقتضى إلى الشافعي، لضرورة نصب طرفٍ جدليٍّ آخر(٤١)، لاستيفاء العناصر الحيَّة للحوار بين المتخالفين(٤٢).

فإذا احتمل المقتضى محذوفاتٍ متعدِّدة ليستقيم معناه، قُدِّرت جميعها عند من يرون عموم المقتضى، على حين لا يُقدَّر إلا أحدها عند من لا يثبتون للمقتضى هذا العموم. يقول الغزالي: «المقتضى لا عموم له، وإنما العمومُ للألفاظ لا للمعاني»(٤٣). يوضِّحه أن قوله ﷺ: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان»، لا يستقيم معناه إلَّا بتقدير: رُفِعَ عن أمتي إثم الخطأ والنسيان، ولا يصلح أن يجمع بين رفع الإثم وغرامة التعويض، حتى يعمَّ الأمرين معًا. ومثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فإن المقتضى هو النكاح؛ لأن الذات غير مقصودة. وكذا فإن قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، لا يستقيم معناه إلا بتقدير لا بقاء للضرر والضرار في محلٍّ وقوعهما، بل يجب رفعهما ونقل الغرامة بهما إلى من تسبَّب في وقوعهما، وذلك بالتعويض عنهما؛ لأن نفي وقوع الضرر بين الناس في الواقع العملي غير مقصود.

أما هؤلاء الأصوليون الذين اتجهوا إلى الأخذ بعموم المقتضى، فيذهبون إلى وجوب تقدير المقتضيات كلها ما دام يوجد الدليل على اعتبارها، وحمل المقتضى عليها جميعها، بناءً على: «أن الثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت

---

(٤٠) تيسير التحرير لأمير بادشاه (١/ ٢٤٤).

(٤١) شرح التلويح على التوضيح (١/ ٢٦٤)، وتقويم الأدلة للدبوسي (١/ ١٣٦).

(٤٢) انظر على سبيل المثال: محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، المكتبة الأزهرية للتراث، (٢/ ١٨٧) وما بعدها.

(٤٣) المستصفى (٢/ ٦١)، وانظر: شرح البدخشي (٢/ ١٠٢).

بدلالة النصِّ، لا بمنزلة الثابت بالقياس»[44]، وأوّلوا قوله: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان» على احتمال تقدير المقتضى بالإثم، والعقوبة دون الضمان، مما يحتمل الاعتبار بالأدلَّة الشرعية الأخرى. وإنما عمَّ المقتضى هنا كلًّا من الإثم والعقوبة؛ لأنها هي التي دلَّت النصوص على إمكان رفعها في أحوال الخطأ والنسيان، أما إرادة تقدير الضمان فلا تثبت؛ لأن الأدلَّة الشرعية قد بيَّنت أن الضمان لا يرتفع بالخطأ أو النسيان، ويثبت معهما.

وقد ذهب الجمهور - ومنهم الغزالي والآمدى[45] - إلى أن المقتضى لا عموم له، بناءً على أن تقدير المحذوف إنما وجب لضرورة فهم معنى التركيب أو الجملة، فلا يتوسع فيه ويقتصر على ما هو في حكم الضرورة لتحقيق الفهم.

(٩) العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب:

تفيد هذه القاعدة أن الحكم الشرعي إذا ورد في ظرفٍ خاصٍّ اقتضاه، ولكن جاء التعبير عن هذا الحكم بلفظٍ عامٍّ، فإن الحكم يبقى على عمومه ولا يقتصر في تطبيقه على مورد النصِّ والظرف الذي ورد فيه[46].

ومن ذلك أن قوله: «الخراج بالضمان»، قد ورد في واقعةٍ معيَّنة حين قضى النبيُّ ﷺ بردِّ دابة معيبة إلى بائعها على أن يردَّ الثمن إلى المشتري، وقد سأل البائع الذي رُدَّت عليه دابته عن حكم ما استفاده هذا المشتري من لبنها بعد تسلُّمها وقبل ردِّها، فحكم النبي ﷺ بأن الخراج بالضمان، وهذه عبارة عامَّة تقضي بأن ربح الشيء وغلَّته وثمرته لمن يضمنه، لا يتقيَّد ذلك باللبن وحده، وإنما يشمل الثمر والغلة والمنفعة.

ومنه كذلك أن زوجة سعد بن الربيع جاءت تشكو إلى النبي ﷺ موتَ هذا

---

(٤٤) أصول السرخسي (١/ ٢٤٨)، وانظر: البحر المحيط (٤/ ٢١٢).

(٤٥) الإحكام للآمدي، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، (بدون تاريخ)، (٢/ ٢٤٩).

(٤٦) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ١٣٩)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار، (٣/ ٤٩٣)، والمحصول (٣/ ١٢٥).

الزوج وتسلُّط أخيه على المال طبقًا للأعراف السائدة قبل الإسلام، فجاءت آيات الميراث وخصَّت البنات بالثلثين والزوجة معهما بالثمن، فيطبق ذلك تطبيقًا عامًّا على هذه الحالة وغيرها، وهذا هو مفاد هذه القاعدة. ومنه كذلك أن قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]، قد نهى عمَّا كانوا يتعاملون به بسبب الآجال، حيث كان الدائن إذا حلَّ دينه يقول للمدين: إما أن تعطي وإما أن تربي، فيتضاعف أصل الدَّين بهذا السبب[٤٧].

(١٠) التخصيص:

التخصيص هو قصر العام على بعض أفراده التي كانت داخلةً فيه، لدليلٍ أو قرينةٍ تدلُّ على إرادته، أو هو: «إخراج بعض ما قد يتناوله اللفظ»[٤٨]. ويقتضي التخصيص بهذا إثبات دخول المقصود في اللفظ العام، من حيث المعنى اللغوي، ثم إثبات ورود التخصيص لإخراج بعض الأجزاء التي اشتملها هذا المعنى العام؛ ولهذا يتوقَّف تحديد ما يشمله العام على النظر في أدلَّة التخصيص، على ضوء النظر إلى النصوص الشرعية جملةً واحدة، بحكم تضافرها وتعاونها جميعها على إبانة قصد الشارع وإرادته. ولا سبيل لصرف العموم عن ظاهره إلى التخصيص إلا بإقامة الدليل على اتجاه إرادة الشارع إليه.

ولهذا فلا حقَّ في فهم الإخراج الوارد في التعريف على معنى تغيير قصدِ الشارع من إثبات حكم العموم أولًا، ثم طروء قصدٍ مختلفٍ بقصر حكم العام على بعض أفراده، وإثبات حكمٍ خاصٍّ بأفراده الآخرين؛ من ذلك أن آيات المواريث قد بيَّنت أنصباء الوارثينَ من الأولاد والأبوين والزوجين والإخوة، ثم بيَّنت السُّنة بعددٍ من الأحكام ألَّا ميراث لقاتل، ولا ميراث مع اختلاف الدِّين،

---

(٤٧) البحر المحيط (٥/ ١٤٥)، ونهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي، ص٢٢٠. وانظر أيضًا: روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة، مؤسسة الريان، (٢٠٠٢م)، (٢/ ٣٥)؛ والإبهاج شرح المنهاج لابن السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٥م)، (٢/ ١٨٦)؛ والعدة في أصول الفقه لأبي يعلى الفراء، تحقيق: أحمد بن علي المباركي، (بدون ناشر)، الطبعة الثالثة: (١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م)، (٢/ ٦٠٨).

(٤٨) شرح البدخشي (٢/ ١٠٤).

فلا يرث المسلم أباه غير المسلم، كما لا يرث الابن غير المسلم من أبيه المسلم؛ فبانَ من هذا الذي بيَّنته السُّنة أن الشارع لم يقصد من البداية قيامَ حقٍّ في الميراث للقاتل أو لمختلفٍ في الدين، بخلاف الوصية التي يمنعها القتل، دون اختلاف الدِّين.

ومنه كذلك أن القرآن قد أتى بتحريم الميتة فقال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، ثم دلَّت السُّنة على تخصيص هذا التحريم بغير ميتة البحر بقوله ﷺ في شأنه: «هو الطهور ماؤه الحِلُّ ميتته». ويظهر بوضوحٍ أن الشرع لم يقصد من البداية إدخالَ السمك في الميتة المحرَّمة ليخرجه منها فيما بعد.

ولا يعدو التخصيص بهذا أن يكون نوعًا من البيان لمقصود الشارع من الألفاظ العامَّة التي يستخدمها. وإنما يصحُّ التعبير بالإخراج عند النظر إلى آحاد النصوص، لفهم علاقاتها الداخلية. ولن يصحَّ التعبير بالإخراج عند الانتقال من ذلك إلى مرحلة النظر إلى النصوص جميعها. ولذا فإن تعريف التخصيص بقصر العام على بعض أفراده أَوْلَى من تعريفه بإخراج هذا البعض.

وكما يتحقَّق التخصيص أو البيان لمقصود الشارع من الألفاظ العامَّة بالنصوص الجزئية المباشرة، فإنه يتحقَّق بالمعاني الكليَّة المستنبطة من النصوص بوجه العموم. من ذلك أن القصاص فيما دون النفس الثابت بهذا اللفظ العام: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ طبقًا للنص القرآني مخصَّص من جهة العدل الثابت بما لا يُحصى من الأدلَّة بأمرين:

أولهما: إمكان المماثلة في الاقتصاص من الجاني.

والثاني: أمن السراية إلى البدن والاطمئنان إلى سلامة الجاني بعد الاقتصاص منه، ويؤدي هذا التخصيص إلى تقليل الحالات التي يجري فيها القصاص فيما دون النَّفْسِ إلى حالاتٍ محدودة للغاية.

والحقُّ مع الجمهور في النظر إلى أنه لا تعارض بين العامِّ والخاصِّ، بل الأمر على أن الخاصَّ يبيِّن مقصود الشارع من العامِّ، بخلاف الأحناف الذين يثبتون التعارضَ بين العامِّ والخاصِّ في القدر الذي تناوله الخاصُّ والعامُّ جميعًا، لا في القدر الذي تفرَّد العامُّ بتناوله. يبيِّن ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ

﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] معارضٌ عندهم بقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]؛ إذ لا يثبت التعارض في حكم المتوفَّى عنها زوجها غير الحامل، ولا في الحامل المطلَّقة، لكنه يثبت في الحامل المتوفَّى عنها زوجها، حتى لجأ ابن مسعود إلى النَّسْخ لحلِّ هذا التعارض، على حين لجأ علي بن أبي طالب إلى التوفيق بين الآيتين، وذهب إلى اعتداد الحامل المتوفَّى عنها زوجها بأبعد الأجلين: وضع الحمل أو مضيّ مدة الأربعة أشهر وعشرة الأيام، على النحو الذي بيَّنه السرخسي(٤٩).

(١١) المخصِّصات:

التخصيص عند الأحناف بيان أن المقصود من العامِّ بعض أفراده بدليلٍ مستقلٍّ مقارن محدِّد لمقصود الشارع من الألفاظ العامَّة التي يستخدمها بألفاظ نصوصه الخاصَّة. ولا يختلف النسخ عن التخصيص طبقًا لذلك إلا في تراخي الناسخ عن المنسوخ، بما يمكِّن من إعمال المنسوخ قبل إحداث التغيير. ولذا يشترط الأحناف في التخصيص ما يلي:

أ - **أن يكون دليل التخصيص مستقلًّا بنفسه**، مما يتعلَّق: «بدلالة اللفظ أو العقل أو الحسِّ أو العادة»(٥٠). أما الدليل غير المستقل الذي يتصل بصدر الجملة، فلا يوجب تخصيصًا؛ لأنه من تتمتها. ويشمل الاستثناء بـ(إلَّا) وأخواتها، والشرط بـ(إن) كقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦](٥١)، والغاية بـ(إلى) وما في معناها، والصفة كذلك. ولذا فإن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴿٥﴾﴾ [النور: ٤-٥] عامٌّ في عدم قبول شهادة القاذف والحكم بفسقه إذا لم يتب، أما من تاب فإنه لا يدخل في هذا العموم. ولا يشترط الجمهور هذا الشرط، ويرون جواز التخصيص بالاستثناء

---

(٤٩) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٧٥).

(٥٠) نفسه (١/ ٧٦).

(٥١) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه للمرداوي، تحقيق: الجبرين والسراح، مكتبة الرشد، الرياض، (٢٠٠٠م)، (٦/ ٢٥٣٠).

والشرط والغاية والصفة؛ لصلاحيتها جميعًا في تحديد المراد من العموم[٥٢].

ب - **أن يكون المخصِّص دليلًا مقارنًا للعامِّ، لا متراخيًا عنه،** فإن تراخى دليل التخصيص عن العامِّ كان رفعًا للحكم الشرعي في حقِّ بعض من شملهم ويصير هذا نسخًا لا تخصيصًا. يقول التفتازاني: «إن تعارض الخاصُّ والعامُّ، بأن يدلَّ أحدهما على ثبوت حكم، والآخر على انتفائه: فإمَّا أن يُعلَم تأخُّر أحدهما عن الآخر أو لا. فإن لم يُعلَم حُمِلَ على المقارنة، وإن جاز أن يكون أحدهما ناسخًا لتأخُّره، والآخر منسوخًا لتقدُّمه»[٥٣]، أو يلجئ هذا الشرط وسابقه إلى تضييق مجال التخصيص للتوسُّع في إعمال النسخ؛ يوضِّحه لجوء ابن مسعود إلى النَّسْخِ في الحامل المتوفَّى عنها زوجها، بافتراضه تأخُّر ورود آية سورة الطلاق، في مقابل احتساب علي بن أبي طالب عدَّتها بأبعد الأجلين من وضع الحمل أو عدَّة الوفاة: أربعة أشهر وعشرة أيام، مستندًا إلى تخصيص عموم سورة الطلاق بعدَّة الوفاة المذكورة[٥٤]. ويجب القول هنا بأن رأي عليٍّ أدقُّ في النظر الأصولي، من جهة وجوب التحوُّط في دعوى النَّسْخ، والاعتماد في إثباتها حيث تعيَّنت بالأدلَّة، لا بإعلان التحدي بالاستعداد للمباهلة. ولا يكفي مجرَّد التراخي للانتقال من التخصيص إلى الحكم بالنسخ، طبقًا لما ذهب إليه الأحناف.

ج - **أن يكون دليل التخصيص لفظًا،** بحكم أن قصر العام على بعض أفراده بالعقل أو الحسِّ ليس من باب التخصيص، فيبقى العامُّ على قطعيَّة دلالته. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ خَٰلِقُ كُلِّ شَيۡءٍ﴾ [الزمر: ٦٢]، لا ينصرف إلى ذاته سبحانه وتعالى فإنها غير مخلوقة؛ ولذلك فإن استبعاد ذاته من هذا العموم لا يُعَدُّ تخصيصًا، وإنما هو بيان لما دلَّ عليه العامُّ من قصره على بعض

---

(٥٢) البحر المحيط (٣/ ٢٧٣-٤١٢)، ويتناول الزركشي المخصِّصات المتصلة، وهي: الاستثناء من صفحة (٢٧٥) حتى صفحة (٣٢٧)، والشرط حتى صفحة (٣٤١)، والصفة حتى صفحة (٣٤٤)، والغاية حتى صفحة (٣٥٥). كما يتناول المخصِّصات المنفصلة، وهي: العقل من صفحة (٣٥٥) حتى صفحة (٣٦٠)، والحس حتى صفحة (٣٦١)، ثم الدليل السمعي حتى صفحة (٤١٢).

(٥٣) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٧٥).

(٥٤) نفسه (١/ ٧٥).

أفراده. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ١١٠]، موجَّه إلى المكلَّفين، ولا يدخل فيهم غير المميزين؛ فيبقى العامُّ على قطعية دلالته؛ لأنه إن خصِّص انتقل إلى الظنيَّة في دلالته على شمول أفراده ومسمياته.

وقد اختلفوا في حكم الاستثناء عقب جملٍ متعاطفة، كما في هذا المثال، وهو: هل يرد الاستثناء على هذه الجمل جميعها أم يختصُّ بالأخيرة منها؟ توضيحه أنه إذا تاب القاذف، فهل يرجع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة وحدها فيحكم بعدم فسقه؟ أم يرجع إلى الجملتين السابقتين فيحكم بعدم فسقه وقبول شهادته؟

ومن قبيل قصر العام على بعض أفراده بدليلٍ غير مستقلٍّ قوله تعالى في بيان المحرمات من النساء: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فإن هذه الآية تدلُّ على تحريم زواج بنت الزوجة المدخول بها، وجوازه عند عدم الدخول بالأُم، ولا يُعَدُّ هذا تخصيصًا للعام، وإنما هو قصر له على بعض مسمياته عن طريق الشرط: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

(١٢) التخصيص عند جمهور الأصوليين:

عرَّف جمهور الأصوليين التخصيص بأنه إخراج بعض ما يتناوله العموم قبل تقرُّر حكمه كما تقدَّم. وتشمل المخصِّصات عندهم كلًّا من المخصِّصات المتصلة والمنفصلة. وتشمل المتصلة كلًّا من الاستثناء والشرط والغاية والصفة، على حين تشمل المنفصلة كلًّا من العقل والحسِّ ومنطوق الكتاب والسُّنة ومفهومهما وفعل النبيِّ والإجماع والقياس؛ ولذا لم يشترط الجمهور هذه الشروط الثلاثة(٥٥). وفيما يلي أنواع الأدلَّة التي توجب تخصيص العام عند الجمهور.

---

(٥٥) تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزي الكلبي، ص١٥٨؛ وروضة الناظر (٢/ ١٢٣) وما بعدها، والإحكام للآمدي (٢/ ١٤٣) وما بعدها.

أولًا: المخصِّصات المتصلة

أ - الاستثناء:

الاستثناء هو الإخراج بـ(إلا) أو إحدى أخواتها، ودلالته: النفي في الإثبات والإثبات في النفي[56]، والإباحة من التحريم[57]. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٩٢]، يفيد أن لأهل المقتول خطأً أن يتنازلوا عن الدية؛ لأنها حقُّهم، غير أن الكفارة الواجبة بعتق الرقبة المؤمنة لا تسقط بالعفو عنها؛ لأنها لم تجب حقًّا لهم[58].

أما قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ ﴿٥﴾﴾ [النور: ٤-٥]، فيفيد عند الجمهور دخول الاستثناء على الجمل المتعاطفة السابقة على الاستثناء؛ ولذا لو تاب القاذف انتهى فسْقُه، وقُبِلت شهادته، لكنه يُحد حد القذف؛ لأن الحدَّ عندهم حقُّ العبد فلا تسقطه التوبة. لكن يذهب الأحناف إلى أن الاستثناء راجعٌ إلى الجملة الأخيرة وحدها، فينتهي الحكم بفسق القاذف بعد توبته، ولا تُقبل شهادته أبدًا.

ومن التخصيص بالاستثناء ما تضمَّنته الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤) مدني مصري التي قرَّرت أن: «جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان (كون أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه) إلا من كان له منهم حقُّ التقدُّم، طبقًا للقانون».

ب - الشرط:

الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم[59]. من ذلك أن العدل في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً﴾ [النساء: ٣]، شرطٌ لإباحة

---

(٥٦) البحر المحيط (٣/ ٣٠١).

(٥٧) نفسه (٣/ ٣٠٣).

(٥٨) نفسه (٣/ ٣١٦).

(٥٩) نفسه (٣/ ٣٢٧).

التعدُّد في الزواج، وهو ما أفادته (إن) الشرطية؛ ذلك أن مجموع الشرط والجزاء كلام واحد[٦٠]. ومنه ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة (٢٢١) مدني مصري التي تضمَّنت تفويض القاضي في تقدير التعويض عمَّا «لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به».

ج - الصفة:

وتشمل النعوت وعطف البيان والتوكيد والبدل ونحوها من المخصِّصات التي «ينبغي أن تكون بمنزلة الاستثناء»[٦١]. من ذلك قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]؛ ذلك أن الحكم المقصود هو رفع الحرج عن الطلاق مع إيجاب المتعة في الحالة الموصوفة بحدوثه قبل الدخول وتسمية المهر. ويلتحق بالصفة التخصيص بالحال والتمييز والظرف والجار والمجرور والمفعول معه وله[٦٢].

د - الغاية:

الغاية نهاية الشيء، وهي حدٌّ لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها، مما يدلُّ عليه لفظَا (حتى) و(إلى)، من ذلك قوله ﷺ: «رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»؛ ذلك أن ارتفاع المسؤولية قبل البلوغ والاستيقاظ والإفاقة منتهية بحدودها. ومثله أن يقول: بعتك هذه الأرض من حدِّ كذا إلى كذا؛ إذ لا يدخل في المبيع ما بعد الحدين.

ثانيًا: المخصِّصات المنفصلة

المراد منها ما يستقلُّ بنفسه، ولا يحتاج في ثبوته إلى ذكر لفظ العام معه.

---

(٦٠) البحر المحيط (٣/ ٣٤٠).

(٦١) نفسه (٣/ ٣٤١).

(٦٢) نفسه (٣/ ٣٥٠) وما بعدها.

وأكثر ما يلتفت إليه منها ثلاثة، وهي: الحسُّ والعقل والعادة أو العرف والقرائن والنصوص المستقلَّة الواردة في غير مواضع العموم، مما يلزم استحضارها معًا لبيان مقصود الشارع. وفيما يلي بيان موجز بذلك:

أ - **الحسُّ**: من ذلك أن قوله تعالى عن ملكة سبأ بأنها ﴿وَأُوتِيَتْ مِن كُلِّ شَيْءٍ﴾ [النمل: ٢٣] خاصٌّ بما لم يكن في يد سليمان أو في يد غيرها.

ب - **العقل**: من ذلك أن التكليف بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] متَّجه إلى ما هو مشروع منها، ومقدور عليه. ومنه قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧]، خرج منه الصبي والمجنون؛ «لأن العقل قد دلَّ على استحالة تكليف من لا يفهم»[٦٣]، والإجماع على صحَّة دلالة العقل على إخراج بعض ما يدلُّ عليه لفظ العام؛ «إذ مقتضى العقل ثابت دون اللفظ إجماعًا»[٦٤]، غير أن الخلاف هو في تسميته تخصيصًا أو لا؛ إذ المفترض أن ما يخالف المعقول لا يدخل أصلًا في مدلول اللفظ العام، والمقصود منه. وردَّ الغزالي ذلك بورود التخصيص على المدلول اللغوي الذي قد يتبادر إلى الذهن عند النظر في اللفظ العام[٦٥].

ج - **العرف والعادة[٦٦]: من ذلك أن قوله تعالى**: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ينصرف عند مالكٍ إلى المرأة غير الرفيعة القدر؛ لأن العرف الذي كان سائدًا في قريش عند نزول القرآن هو أن مثل هذه المرأة لم تكن تقوم بإرضاع ولدها، فدلَّ هذا العرف على تخصيص وجوب الإرضاع على الوالدات اللاتي لا يتمتَّعن بالمنزلة الاجتماعية الرفيعة. ومذهب مالك في هذا متسقٌ مع عمله بعرف أهل المدينة.

---

(٦٣) المستصفى (٢/ ١٠٠)، وانظر أيضًا: شرح البدخشي (٢/ ١٦٣)، وإرشاد الفحول للشوكاني، ص١٤٦.

(٦٤) البحر المحيط (٣/ ٣٥٧).

(٦٥) المستصفى (٢/ ١٠١).

(٦٦) التقرير والتحبير على شرح الكمال بن الهمام لابن أمير حاج، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٨٣م)، (١/ ٢٨٢)؛ وتيسير التحرير لابن أمير بادشاه، مصطفى البابي الحلبي، (١٩٣٢م)، (١/ ٣١٨).

ومنه أن الوكيل والمضارب والصانع يتقيَّد في عمله بالعرف، مهما كانت الألفاظ في هذه العقود. ويُحمل البيع بشرط البراءة من العيوب على البراءة من العيوب الظاهرة دون الباطنة. وقد خصِّص الأمر بالإشهاد في البيع في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، بعوائد الناس في التبايع في الأشياء اليسيرة التي لا حاجة تدعوهم إلى الإشهاد عليها.

وينتصر الشوكاني لرأي الجمهور القاضي بأن العرف لا يخصِّص النصّ، يقول: «والحقُّ أنها (أي العادة) لا تخصِّص؛ لأن الحجَّة في لفظ الشارع، وهو عامٌّ، والعادة ليست بحجَّة»[٦٧]، ويتعجَّب «ممَّن يخصِّص كلام الكتاب والسُّنة بعادةٍ حادثة طارئة بعد انقراض زمن النبوَّة»[٦٨].

د - **الإجماع**: ومعناه «أن يُعلَم بالإجماع أن المراد بالعامِّ بعض ما يقتضيه ظاهره»[٦٩]، من ذلك أن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩]، مخصَّص بالإجماع على أنه لا يجب السعي لأداء صلاة الجمعة على امرأة. وكذا فإن تنصيف حدِّ القذف على العبيد حكمٌ ثابتٌ بالإجماع ويخصِّص قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، ومنه كذلك إجماع الصحابة على العول والردِّ في الميراث.

هـ - **التخصيص بنصوص القرآن أو السُّنة**: تخصِّص النصوص بعضها بعضًا، سواء بمستقلٍّ أو غير مستقلٍّ مقارنة أو متراخية[٧٠]. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، نصٌّ عامٌّ في تحديد عدَّة المطلقات، لكنه قد خصِّص بآية سورة الطلاق التي أثبتت عدَّة الحامل بوضع الحمل، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، فاختصَّت الآية الأولى بغير الحامل والثانية بالحامل.

---

(٦٧) إرشاد الفحول للشوكاني، ص١٥٠. وانظر أيضًا: مناهج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبدخشي (٢/ ١٧٧).

(٦٨) إرشاد الفحول للشوكاني: ص١٥١.

(٦٩) نفسه، ص١٥٠.

(٧٠) البحر المحيط (٣/ ٣٢٧).

ومنه كذلك أن قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ١٨٠﴾ [البقرة: ١٨٠]، عامٌّ في إيجاب الوصية للوالدين والأقربين، وقد خصَّ منه الوارث الذي لا تجوز له الوصية بقوله ﷺ: «لا وصية لوارث». ومن هذا يتضح جواز تخصيص عامِّ الكتاب بخبر الواحد. ومن أمثلته كذلك ما تقدَّم من تخصيص السُّنة أحكام المواريث التي جاءت في القرآن ببيان النبي ﷺ المنع من الميراث للقتل أو لاختلاف الدِّين بين الوارث والمورث، طبقًا لقوله ﷺ: «لا يرث القاتل»، وقوله: «لا يرث المسلم الكافر».

ولا يشترط الجمهور لجواز تخصيص خبر الواحد عموم الكتاب شيئًا عدا صحَّة نسبة الخبر إلى النبيِّ. أما الأحناف فيشترطون فوق شروط التخصيص السابقة (الاستقلال، والمقارنة) سبق تخصيص عام الكتاب حتى يفيد الظنَّ في الدلالة على شموله لمسمياته وأفراده. أما إذا لم يكن العامُّ قد سبق تخصيصه، فإنه يكون مفيدًا للقطع في الدلالة على مسمياته، ولا يعارضه خبر الواحد عندئذ بتخصيصٍ ولا غيره. ويستقصي الزركشي أنواع التخصيص بالنصوص بالتفريق بين تخصيص القطعي بالقطعي، والمقطوع بالمظنون، والمظنون بالمقطوع، في أكثر من أربعين صفحةً.

و - **القياس**: يجوز تخصيص عموم الكتاب والسُّنة المتواترة بالقياس عند الأئمَّة الأربعة[71]، من ذلك قوله ﷺ: «لا تسافر المرأة إلا مع ذي رحم»؛ فإنه عامٌّ في منع سفر المرأة إلا مع ذي رحم محرم منها، فيخرج من هذا المنع العام فيما ذكره الفقهاء جواز سفرها إلى مكان القاضي أو الحاكم عند وجوب حقٍّ عليها. ويخرج عليه جواز سفرها للمصلحة في مكانٍ تأمن فيه على نفسها. وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، عامٌّ في إباحة الزواج بغير المحرمات، وقد نصَّ القرآن على حرمة الجمع بين الأختين، وألحقت بهما السُّنة حرمة الجمع بين المرأة وخالتها والمرأة وعمتها، وقال الرسول ﷺ فيه: «فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهنَّ»، فهذا من تخصيص

---

(٧١) البحر المحيط (٣/ ٣٦٩).

السُّنة لعموم القرآن، وأُلحق بهذا بالقياس تحريم الجمع بين المرأة وبنت أخيها والمرأة وبنت أختها للعلَّة نفسها، وهي منع قطع الرحم؛ وبهذا فإن النصَّ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ مخصَّصٌ بالسُّنة وبالقياس الفقهي، وإنما جاز عند الأحناف تخصيص عموم القرآن بالقياس في هذا المثال لسبق تخصيصه بالسُّنة، فأصبح مفيدًا للظنِّ في اشتماله على أفراده ومسمياته، والقياس يفيد الظنَّ كذلك، فيجوز تخصيصه لهذا العموم.

(١٣) بين النَّسْخِ والتخصيص:

يتوسَّع الجمهور في التخصيص كما تقدَّم، ويجيزون تخصيص عموم الكتاب أو السُّنة بأيٍّ من هذه الأدلَّة السابقة. ولا يعدو التخصيص أن يكون بيانًا وإظهارًا للمقصود من العامِّ والخاصِّ. وإذ يفيد النَّسْخُ رفع الحكم الشرعي وإزالة العمل به كله، فإن التخصيص يعني إخراجَ بعض ما يتناوله اللفظ وعدم دخوله في الحكم. ولذا فإنهما يختلفان في الأمور التالية:

أ - النسخ رفعٌ للحكم الشرعي بعد ثبوته، وإزالة له، أما التخصيص فإنه بيانُ مجال عمل الحكم العام.

ب - النسخ لا يكون إلا في الأحكام، على حين يجيء التخصيص في الأحكام وفي الأخبار.

ج - يجب تأخُّر الناسخ عن المنسوخ؛ لأنه رفعٌ لحكمه، وإزالةٌ لهذا الحكم؛ فيجب تراخيه عنه. أما المخصِّص فلا يشترط تراخيه عن العام، ويجوز أن يكون مقارنًا أو متقدمًا أو متأخرًا خلافًا للأحناف الذين أوجبوا اقتران المخصِّص للعام، بناءً على أن التخصيص بيانٌ لمجال عمل الحكم، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه.

د - يُخصَّص عموم القرآن بالقرآن وبالسُّنة والقياس والإجماع والعرف كما تقدَّم، على حين لا يجري نسخ الحكم القرآني إلَّا بنصٍّ قرآنيٍّ كما لا تُنسَخ السُّنة إلا بالسُّنة.

هـ - التخصيص يثبت بقرائن الأحوال والسياقات، على حين لا يثبت النسخ بمثل ذلك[٧٢].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن موضوع النَّسْخ من الموضوعات التي تحتاج إلى إعادة مراجعة على ضوء التطوُّر التاريخي لظهورها، والاختلاف في دعاوى وقوعها توسيعًا وتضييقًا، وعلاقته بالتخصيص. وقد برهن (Rippin Andrew) على تبلور مفهومه في دائرة علوم السُّنة أولًا في إطار التوفيق بين النصوص المتعارضة التي أنتجها الوضع في الحديث، لينتقل هذا المفهوم بعد ذلك إلى دائرة البحث في علوم القرآن. وكثرت دعاوى النَّسْخ التي لا تستند إلى التدقيق الواجب بعد قليل، حتى لم تسلم منها سوى السُّور التي ليس فيها أمر ولا نهي، طبقًا لابن سلامة. وقد بلغ عدد آيات النَّسْخ في إحصاء أستاذي مصطفى زيد مائتين وسبعًا وتسعين[٧٣]، لم يصح عنده منها سوى ستٍّ قضايا تابع فيها الدهلوي. ويكفي للدلالة على الاضطراب في معالجة موضوع النَّسْخ أن آية السيف وحدها قد نسخت عند البعض الآيات التي تحضُّ على الصفح والعفو والإعراض عن غير المسلمين، مما زاد على مائة آية[٧٤]. والحقُّ مع المعتزلة وبعض المحدثين الذين أنكروا دعاوى النَّسْخ جميعها.

(١٤) دلالة الخاصِّ:

اختلف الأصوليون في قطعيَّة دلالة العام على مسمياته أو ظنيَّة هذه الدلالة كما تقدَّم، أما الخاصُّ فلا خلاف في قطعيَّة دلالته على معناه المحدَّد له[٧٥]، وتفيد هذه القطعيَّة للخاصِّ ما يلي:

---

(٧٢) المحصول في علم أصول الفقه للرازي (١/ ٣٩٨).

(٧٣) مصطفى زيد، النسخ في القرآن الكريم: دراسة تشريعية تاريخية نقدية، دار الوفاء، مصر، الطبعة الثالثة: (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م)، (١/ ٤٠٢).

(٧٤) الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم لابن العربي، تحقيق: عبد الكبير العلوي المدغري، نشر مكتبة الثقافة الدينية، (١٩٩٢م)، (١/ ٢٣٨).

(٧٥) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (١/ ٧٩)، والكافي شرح البزدوي للسغناقي (١/ ٢٧٩)، والفروق للقرافي (٢/ ١٠٦) طبعة عالم الكتب.

أ - تقديم الخاصِّ على العامِّ عند التنازع، طبقًا لما تفيده القاعدة الأصولية[٧٦].

ب - الخاصُّ لا يحتاج إلى بيانٍ لظهوره في معناه الموضوع له، وعدم انطوائه على خفاء يحتاج معه البيان.

ج - وجوب العمل به فيما وضِع له إلا إذا صرفه عن معناه الشرعي أو العرفي أو اللغوي الموضوع له دليلٌ. ومن أمثلة الخاص قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، فإن لفظ (مائة) لفظٌ خاصٌّ، يدلُّ على معناه الموضوع له بوجه القطع، ولا يحتمل غيره.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ ۖ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ ۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، فلفظ (عشرة) خاصٌّ، ولفظ (أو) الدالَّة على التخيير بين خصال كفارة الحنث في اليمين من ألفاظ الخاص كذلك، ولفظ (ثلاثة) خاصٌّ في الدلالة على معناه الموضوع له، ومنه قوله ﷺ: «في خمسٍ من الإبل شاةٌ»، فإن لفظ (خمس) من ألفاظ الخصوص، ولفظ (شاة) من ألفاظ الخصوص كذلك؛ ولذا لا يجيز الشافعية العدول عن إخراج الشاة إلى إخراج القيمة.

ويجوز ذلك عند الحنفية لوجود دليلٍ يصرف العمل بالخاصِّ في معناه الموضوع له، وهو النظر إلى مقصود الشارع في رعاية حقوق الفقراء؛ إذ يتحقَّق هذا المقصود بإخراج عين الشاة أو بإخراج قيمتها.

وإذ ينتظم الخاصُّ كلًّا من المطلق والمقيد والأمر والنهي، فيلزم التعرض لها ولو بإيجاز، وذلك فيما يلي:

---

(٧٦) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد بن علي بن حسين، طبعة عالم الكتب، (٤/٨٨)؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي، ص١٩٦.

ثالثًا: الإطلاق والتقييد

القاعدة الأساسية التي يلزم أن تحكم علاقة تخصيص العام وتقييد المطلق هي وجوب إعمال مقصود الشارع ومن في حكمه مما قد يفيده الكلام. وقد تندرج التشعيبات والتفريعات التي احتشد لها الأصوليون تحت هذه القاعدة التي تفيدها عباراتهم. ويلزم من جهة أخرى - طبقًا لما تقدَّم - إدراك وحدة النصِّ في إجماله وبيانه وخصوصه وعمومه وإطلاقه وتقييده.

(١) معنى المطلق والمقيد:

والمطلق هو اللفظ الدالُّ على فردٍ غير مقيدٍ، كرجل وامرأة وولد وطائر وغصن. ويجعله بعضهم - كالآمدي وابن الحاجب - قسمًا من النكرة، فيعرفونه لهذا بأنه: «ما دلَّ على فردٍ شائعٍ من أفراد جنسه، من غير أن يتقيَّد بوصف»، أو هو: «الشائع في جنسه من غير شمولٍ ولا تعيين»[٧٧]، ومنه قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١٢]؛ فلفظ (وصية) ولفظ (دين) مطلقان وغير مقيدين بشيء، غير أن الإطلاق للوصية الذي يفيد إطلاق حقِّ الموصي في الإيصاء بأيِّ قدر من تركته قد ورد في السُّنة تقييده بألَّا يجاوز الثلث، وبهذا استفيد تقييد حقِّ الموصي بأن تكون وصيته في حدود ثلث التركة. ومنه ما جاءت به المادة (١٧٦) مدني مصري من إلقاء المسؤولية عمَّا يحدثه الحيوان من «ضرر» على «حارس الحيوان» مطلقًا، ولو لم يكن مالكًا له.

---

(٧٧) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، طبعة محمد علي صبيح، (بدون تاريخ)، (١/١١٨). وعرَّفه الغزالي بأنه: «اللفظ الدالُّ على معنى لا يكون تصوُّره مانعًا من وقوع الشركة فيه». نقلًا عن: البحر المحيط للزركشي (٣/٤١٣).

وتوجب الفقرة الأولى من المادة التالية لها المسؤولية عمّا يحدثه انهدام البناء من ضرر على «حارس البناء» مطلقًا، ولو لم يكن هو الآخر مالكًا له.

أما المقيَّد، فهو اللفظ الدالُّ على فردٍ مقترنٍ بوصفٍ يمنع إطلاقه، أو هو: «ما خرج عن الشيوع بوجه ما»(٧٨)، كما لو قلت: رجل أبيض، وامرأة طويلة، وولد أسود، وطائر له صوت يغرِّد؛ فإن هذه الأوصاف قد منعت الإطلاق وحدَّدت المقصود نوعًا من التحديد. ومنه قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ [النساء: ٩٢]، حيث لا يجزئ التحرير للرقبة غير المؤمنة.

ومنه قوله في كفارة الظهار: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمۡ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٞ ۝٣ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ ۝٤﴾ [المجادلة: ٣-٤]؛ ذلك أن الواجب على من يظاهر من امرأته أن يكفِّر بتحرير رقبة، طبقًا للآية؛ فتجزئ الرقبة المؤمنة وغير المؤمنة؛ لأن اللفظ (رقبة) لفظٌ مطلق، فإن لم يستطع الإعتاق وجب عليه صيام شهرين متتابعين، ولا يجزئ الصيام على نحوٍ مفرَّق غير متتابعٍ؛ لأن (شهرين) مقيدان بالتتابع فلا يجوز التفريق في الصوم، ولكن إذا لم يستطع الصوم فيجزئ إطعام ستين مسكينًا. ومنه الإشارة في الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مدني مصري إلى التعويض عن «الضرر الأدبي» الذي لا يحكم به إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية. وكذا قيدت الفقرة الأولى من المادة (٢٢٤) استحقاق «التعويض الاتفاقي»، إذا «أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر». وتقيد المادة (١٤٥) انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين، وخلفهما العام، بما لا يتعارض مع قواعد الميراث.

حكم المطلق والمقيد:

القاعدة أن: «المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصًا أو دلالة»(٧٩). ومعناه أن النصَّ إذا ورد مطلقًا لا مقيد له، فإنه يُحمَل على إطلاقه،

---

(٧٨) السابق، وانظر: الإحكام للآمدي (٢/ ١٦٢)، ومسلم الثبوت لمحب الدين عبد الشكور (١/ ٣٦٠)، وتيسير التحرير لابن أمير حاج (٢/ ٣٤).

(٧٩) المادة (٦٤) من مجلة الأحكام العدلية.

كما أنه إذا ورد مقيدًا دون وجود نصٍّ مطلق، فإنه يُعمل بقيده[80]، ومن هذا يتضح أن حكم المطلق هو وجوب العمل به ما لم يرد دليل التقييد. وينقسم دليل التقييد إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون نصًّا ملفوظًا كما تقدَّم في الأمثلة المذكورة. **والآخر**: التقييد بالدلالات وقرائن الأحوال أو العرف. من ذلك أن قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، مقيَّد بما يعتبره العرف من قبيل الضرر. أما ما يتسبَّب فيه المرء من أذى لغيره مما لا يُعَدُّ إضرارًا به في العرف، فلا يوجب الشرع رفعه؛ ومثال هذا أن يمشي في حديقة جاره، أو يأخذ منها برتقالة، أو يضع سيارته أمام منزل هذا الجار، وما إلى ذلك مما يُتسامَح فيه، ولا يُعَدُّ ضررًا واجب التعويض عنه.

(٢) حمل المطلق على المقيد:

إذا ورد أحد النصَّيْن مطلقًا والآخر مقيدًا، فإن المطلق قد يُحمَل على المقيد بالتفريق بين الحالات التالية:

الحالة الأولى: اتحاد الموضوع والحكم:

إذا ورد اللفظ مطلقًا في نصٍّ شرعيٍّ، وورد مقيدًا في نصٍّ آخر؛ فإن الحكم المطلق منهما يُحمَل على المقيد إذا اتحد الموضوع والحكم. من ذلك ما جاء في الوصية في القرآن، مع تقديمها على انفتاح التركة للميراث، وما جاء في السُّنة بخصوص تقييدها بالثلث. وإذا كان الوارث القاتل ممنوعًا من الميراث، فإن الموصى له القاتل ممنوعٌ من الوصيَّة كذلك، حملًا للإطلاق في الوصية على القيد الوارد في الميراث.

ومنه أيضًا ما جاء في المادتين (٤٢٨-٥٦٦) مدني مصري في موضوع الالتزام بالتسليم؛ إذ تنصُّ الأولى على التزام البائع بفعل «ما هو ضروري لنقل الحقِّ المبيع إلى المشتري»، وبالكفِّ «عن أي عملٍ من شأنه أن يجعل نقل الحقِّ مستحيلًا أو عسيرًا»، على حين تنصُّ الأخرى على «سريان كل ذلك على

(٨٠) البحر المحيط (٣/٤١٦).

تسليم العين المؤجرة» وعلى الأخص: «ما يتعلَّق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة، وتحديد ملحقاتها». وتُحمَل القيود المتعلِّقة بتسليم المبيع فيما تضمنته المواد (٤٣١-٤٣٨) على تسليم العين المؤجرة.

ومنه أيضًا ما روي من قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بوليٍّ»، وقوله: «لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد»، حيث يلزم تقيد الوليِّ بهذا الوصف[٨١]. وكذا فإن قوله: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، محمولٌ على آية سورة الطلاق: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وإنما يجب حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة بحكم أن النصوص الشرعية أو القانونية وحدةٌ واحدةٌ في مجملها، حتى يفسِّر بعضها بعضًا، دون تناقضٍ فيما بينها. ولذا لا يُعمَل المطلق بإطلاقه والمقيد على حاله، دفعًا للتعارض، وتحصيلًا للتناسق والعدل؛ إذ الواجب ألَّا تختلف معاملة القاتل في الميراث والوصية، كما أن الواجب ألَّا تختلف مقتضيات التسليم في البيع والإجارة. ولذا فإن حمل المطلق على المقيد هنا «بموجب اللفظ، ومقتضى اللغة من غير دليل»، لكن ذهب البعض إلى أن الحمل يلزمه الدليل من قياسٍ أو مصلحة[٨٢].

الحالة الثانية: اختلاف الموضوع والحكم:

لا يُحمَل المطلق على المقيد إذا اختلف كلٌّ من الموضوع والحكم. ولذا لا يُحمَل الإطلاق الوارد في كفَّارة اليمين بإيجاب الصيام ثلاثة أيامٍ على قيد التتابع في كفارة القتل الخطأ؛ لأن الموضوع والحكم مختلفان، فيعمل المطلق منهما على إطلاقه والمقيد على تقييده. وإنما لم يُحمَل أيٌّ منهما على الآخر لتباعدهما وعدم احتمال التناقض بينهما. وكذا لا تتقيَّد الشهادة بوصف العدالة في الديون طبقًا لآية المداينة، وإن تقيدت بهذا الوصف في الإشهاد على الطلاق. ولا يبدو أن الإطلاق الوارد في المادة الثانية من قانون العقوبات المصري، - مما يتعلَّق بارتكاب جريمة الإخلال بأمن الدولة خارج مصر - محمولٌ على التقييد الوارد

---

(٨١) البحر المحيط (٣/ ٤١٨)، والمستصفى (٢/ ١٨٥)، دار الكتب العلمية.

(٨٢) البحر المحيط (٣/ ٤٢٠)، والإحكام للآمدي (٣/ ٤) وما بعدها.

في المادة الرابعة من القانون ذاته في استثنائها حالاتٍ معينة، منها تبرئة محاكم البلد الأجنبي الذي وقعت فيه الجريمة، أو قضاء مدَّة العقوبة بعد الحكم بالإدانة. وإنما لم يُحمَل أيٌّ منهما على الآخر لعدم التناقض بينهما.

الحالة الثالثة: اختلاف الموضوع واتحاد الحكم:

لا يُحمَل المطلق على المقيد في هذه الحالة عند الأحناف خلافًا للشافعية. من ذلك قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله تعالى في كفارة الظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]؛ فإن الأول مقيدٌ والآخر مطلقٌ، والحكم بتحرير الرقبة واحدٌ، غير أن الموضوع مختلفٌ؛ لأن أحدهما في كفارة القتل الخطأ، والآخر في كفارة الظهار. أما الشافعية فيوجبون حمل المطلق (كفارة الظهار) على المقيَّد (كفارة القتل الخطأ)؛ فيلزم عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار كذلك.

الحالة الرابعة: اتحاد الموضوع واختلاف الحكم:

لا يُحمَل المطلق على المقيد في هذه الحالة عند جمهور الأصوليين. من ذلك أن توبة المحارب مقيدةٌ بأن تكون قبل القدرة عليه لإسقاط العقوبة الحديَّة: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤]، على حين أن التوبة توجب إسقاط الحدِّ في السرقة مطلقًا، فيبقى كلٌّ منهما على حكمه، ولا يُحمَل أحدهما على الآخر. ويرى البعض إسقاط توبة المحارب بعد القدرة عليه قياسًا على السرقة. وقد تظهر التوبة بإظهار المسروق وتسليمه، أو بالإدلاء بمعلوماتٍ عن الشركاء لتيسير مواجهة خطورتهم.

والحاصل أن الاتفاق على حمل المطلق على المقيد إذا اتفق الموضوع والحكم، وعلى عدم حمل المطلق على المقيد إذا اختلف الموضوع والحكم، والخلاف بين الأصوليين فيما إذا اختلف الموضوع واتحد الحكم، حيث يذهب الشافعية إلى وجوب حمل المطلق على المقيد، خلافًا للأحناف الذين يوجبون العمل بكل منهما على حاله. ويجري الخلاف بدرجةٍ أقلَّ فيما إذا اتحد الموضوع واختلف الحكم، حيث لا يُحمَل المطلق على المقيد هنا عند جمهور الأصوليين، خلافًا لمن أوجب حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة كذلك.

رابعًا: الأمر والنهي

كثيرًا ما ترد التشريعات المتضمَّنة في القرآن والسُّنة بصيغتي الأمر والنهي، لطلب إتيان الفعل أو اجتنابه، على نحوٍ جازم وباتٍّ يفيد الوجوب أو التحريم، أو على نحوٍ غير جازم يفيد الندب أو الكراهة. ويتفق الأمر والنهي الواردان على سبيل الجزم مع مفهوم القاعدة القانونية الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، عكس القاعدة القانونية المكمِّلة التي يصحُّ الاتفاق على خلافها. يوضِّحه أن قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَوٰٓا﴾ [آل عمران: ١٣٠] نهيٌ على سبيل الجزم، فيمتنع الاتفاق على تصحيح التعامل بالربا، ولو رضي الطرفان. وقد فهم الفقهاء الأمر في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا النِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ﴾ [النساء: ٤] على أنه للإلزام والوجوب حتى أوجبوا مهر المثل في أحوال فساد التسمية للمهر أو عدم الاتفاق عليه. ويدلُّ هذا على أن الأمر المفيد للإلزام والوجوب مما لا يجوز الاتفاق على خلافه باعتباره جزءًا من النظام العامِّ الذي لا يجوز تجاهله أو الاتفاق على خلافه. ولذا أَوْلَى الأصوليون موضوع الأمر والنهي عنايةً تناسب أهميتهما في تمييز ما يفيد اللزوم وغيره، وضبط الصيغ، والدلالات المستفادة من هذه الصيغ.

(١) صيغ الأمر وموجبه:

يعني الأمر طلب إيجاد الفعل، وجمعه: أوامر، وبمعنى الفعل على أمور كقوله: ﴿وَمَآ أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هود: ٩٧]، وقد تُسمَّى الصيغة آمرة[٨٣]. ويرد

---

(٨٣) البحر المحيط للزركشي (٢/ ٣٤٢).

في القرآن بصيغة «افعل» كقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، أو بصيغة المضارع المقترن بلام الأمر كقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]، وبالجمل الخبرية الدالَّة على الطلب كقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وكقوله: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وكقوله: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُوا۟ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ﴾ [النساء: ٣٢].

وتدلُّ هذه الصيغ التي تفيد طلب الامتثال على معانٍ عديدة[٨٤]، منها:

أ - **الوجوب والإلزام**: كقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، مما يفيد إيجاب إعطاء الزوجة مهرها، وتمليكه لها لا لوليِّها، قصدًا إلى رفع مرتبتها في التعاقد إلى أن تكون مماثلةً لمرتبة الزوج، وتحديدًا لمفهوم الصداق باعتباره هِبةً ونحلةً للزوجة، لا ثمنًا لشرائها. وإذ تملكه، فإنه يحقُّ لها أن تهبه كلَّه أو بعضه لزوجها. وإنما يستفاد الوجوب والإلزام من القرائن الدالَّة عليه؛ فإن إدراك الوضع السابق على القرآن في معاملة المرأة في الزواج، وحق الرجل في استرداد ما دفعه عند طلاقها، مما يدلُّ على مقصود الشارع من إيجاب دفع الصداق إلى المرأة نفسها.

ب - **الندب**: كقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وهو أمر بالعتق بمقابلٍ أو بالمكاتبة، وهي الاتفاق على تحرير العبد أو الأمَة مقابل مال يأخذه السيد، ومعنى قوله: (وآتوهم)، أي: ساعدوهم، والأمر هنا للمجتمع ومؤسساته، أي: أعينوهم على أداء بدل الكتابة ليحصلوا على حريتهم. والأمر بالمكاتبة وإيتاء المال محمولٌ عند جمهور الفقهاء على الندب. ومنه قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ فإن الأمر بكتابة الدَّين أو الالتزام المؤجَّل لا يُحمَل على الوجوب عند جمهور الفقهاء؛ لأنه تبرعٌ فلا

---

(٨٤) الكافي شرح البزدوي للسغناقي (١/ ٣٣٥)، ومختصر ابن الحاجب (٢/ ١٩) وما بعدها، والمستصفى للغزالي (٢/ ٣) وما بعدها، وجمع الجوامع لابن السبكي (١/ ٣٧٥).

يكون ملزمًا، وإنما يُحمَل على الندب. ومنه قوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] في الطلاق؛ لوقوع الطلاق من دون الشهادة، فلا يكون الأمر به هنا للوجوب، بل يُحمَل على الندب. ومن الواضح أن الذي يعيِّن مفاد الأمر هو الدليل أو المصلحة المقصودة من المأمور به. ولذا يمكن التفصيل في المأمور به في الفعل الواحد؛ فيجوز حمل الأمر بكتابة الالتزامات المؤجَّلة في الأمور الخطيرة على الوجوب، وفي الأمور اليسيرة التي لا تثير نزاعًا على الندب. وكذا فإن الشهادة على الطلاق، بل وتوثيقه، مما قد يُحمَل على الوجوب طبقًا للمصلحة الاجتماعية.

ج - **الإباحة**: كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَوٰةُ فَانتَشِرُواْ فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]، ومعناه أنه يباح لكم أن تنتشروا في الأرض للسعي والعمل بعد أداء صلاة الجمعة، فيُحمَل الأمر (انتشروا) على الإباحة.

د - **الدعاء والإكرام والتعجيز والوعيد والامتنان والإنذار والسخرية والتكوين**: ﴿كُن فَيَكُونُ﴾ [يس: ٨٢]، والتعجيز: ﴿فَأْتُواْ بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣]، والتسوية بين شيئين: ﴿فَاصْبِرُوٓاْ أَوْ لَا تَصْبِرُواْ﴾ [الطور: ١٦]، والاعتبار والتنبيه: ﴿قُلْ سِيرُواْ فِي الْأَرْضِ فَانظُرُواْ﴾ [العنكبوت: ٢٠]، والتخيير: ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢]، إلى غير ذلك من المعاني التي لا تختصُّ بالتشريع وتستفاد بالقرائن والسياق، ولا تتعلَّق بصيغة الأمر على وجه الحقيقة وقصد إيقاع المأمور به»[٨٥].

وإذ ترد صيغ الأمر في هذه المعاني كلِّها، فإن الذي يحدِّد المعنى المقصود من آحادها على وجه الخصوص هو السياق ومعرفة مقاصد الشرع والقواعد المنصوص عليها. ولذا فإن الأمر في قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠]، يفيد الوجوب؛ لأن هذا الإعداد المأمور به ضروريٌّ للحفاظ على حياة الناس ودينهم وأموالهم ونسلهم وأعراضهم وكرامتهم، مما هو واقع في رتبة المصالح الضرورية. ولا يتحقَّق هذا الحفظ إلا بالإعداد الجيد والتدريب والتسليح والتنظيم الاقتصادي، فيحمل الأمر (أعدوا) على الوجوب.

---

(٨٥) الموافقات للشاطبي (٣/ ١٥٢)، والبحر المحيط (٢/ ٢٦٠) وما بعدها.

ويوضِّح الشاطبي وجوب الالتفات إلى المقاصد الشرعية والمصالح في تحديد مفهوم صيغة الأمر بقوله: «الأوامر والنواهي من جهة اللفظ - أي الصيغة - على تساوٍ في دلالة الاقتضاء (الطلب للفعل، أو عدم الفعل)، والتفرقة بين ما هو منها أمر وجوب أو ندب، وما هو نهي تحريم أو كراهة، لا تُعلم من النصوص، وإن عُلم منها بعض، فالأكثر منها غير معلوم، وما حصل لنا الفرق بينها إلا باتباع المعاني والنظر إلى المصالح، وفي أي مرتبة تقع، وبالاستقراء المعنوي ولم نستند فيه لمجرَّد الصيغة، وإلا لزم في الأمر ألَّا يكون في الشريعة إلا على قسمٍ واحدٍ»[٨٦].

ومن هنا يتضح أن الأوامر والنواهي متساويةٌ في الدلالة على طلب الفعل أو الترك، غير أن التفرقة بين درجات طلب الفعل أو تركه، بحمله على الإلزام أو عدمه، إنما يرجع فيه إلى المصالح والمعاني المقصودة؛ لأن الصيغ بذاتها لا تفيد هذه التفرقة. لكن دخل علماء الأصول في بحث مدلول الصيغ بذاتها، وما إذا كانت صيغة الأمر للوجوب حتى لا تُحمَل على غيره إلا بقرينة، أو أنها للندب أو للإباحة فلا تُحمَل على غيرهما إلا بالدليل الصارف لها. ولا طائل من البحث في مفاد الصيغة من حيث الوضع، وإنما يكفي الالتفات إلى هذا الذي قرَّره الشاطبي في ضرورة الاستناد إلى مقصود الشرع وقواعده الكليَّة لتحديد مدلول الأمر عند وروده في أيِّ نصٍّ من النصوص التشريعية. أما تحديد مدلول صيغة الأمر في الوضع اللغوي ودلالتها على الوجوب أو غيره، فأمرٌ يتعذر إثباته من الوجهة اللغوية، ولا صلة له بالعلم التشريعي والأصولي.

وينطبق ذلك على النظر في مسألتي الأمر بعد النهي، ودلالة الأمر على الفور والتكرار، على النحو الذي أوضِّحه فيما يلي:

(٢) الأمر بعد النهي:

إذا وردت **صيغة الأمر بعد الحظر**: فإنها تفيد الإباحة عند الجمهور؛ لأن القصد من الأمر في هذه الحالة هو الإعلانُ عن رفع الحظر الذي دلَّ عليه

---

(٨٦) الموافقات للشاطبي (٣/ ١٦٣).

النهي. من ذلك ورود النهي عن البيع عند النداء لصلاة الجمعة، ليتلوه الأمر بالانتشار في الأرض بقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، فيفيد الأمر هنا مجرَّد الإباحة. لكن ذهب بعض الحنابلة إلى أن الأمر بعد النهي يرفع الحظر ويعيد الأمر إلى ما كان عليه قبل النهي، فإن عرف وجوبه بدليلٍ آخر أفاد الوجوب، وإن أفاد الدليل الندب أو الإباحة فيُحمل على ما يفيده هذا الدليل[٨٧].

دلالة الأمر على الفور والتكرار: لا توجب صيغة الأمر بذاتها طلبَ الفعل على سبيل الفور وعدم التراخي في أدائه أو التكرار والمداومة على فعله، وإنما تستفاد دلالة الأمر على الفور أو التكرار من الأدلَّة والمصالح التي أراد الشرع تحقيقها. ولذا وجب احتساب العدَّة فور إيقاع الطلاق امتثالًا للأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإن احتساب العدَّة لا يمكن حمله على التراخي. وكذا فإن الأمر في قوله تعالى: ﴿ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨]، يفيد الفور وعدم التراخي، كما يفيد المداومة والاستمرار على الالتزام به في كل مناحي الحياة والحكم بين الناس؛ لأنه الذي يتفق مع المصلحة التي قصدها الشرع. وهذا هو ما نظر إليه ابن حزم في ذهابه إلى إفادة الأوامر البدار إليها والاستمرار عليها، إلا ما صرفه الدليل عن ذلك[٨٨]، فلا يُحمل الأمر بالحج مثلًا على تكرار الوجوب في كل عامٍ.

(٣) صيغ النهي وموجبه:

يرد النهي عن الفعل، وطلب الكفِّ عنه وتركه[٨٩]، بصيغٍ عديدة، أوضحها صيغة لا تفعل، مثل قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾

---

(٨٧) التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٩١).

(٨٨) الإحكام لابن حزم، نشر زكريا علي يوسف، مطبعة العاصمة، القاهرة (١٣٤٥هـ)، (١/ ٢٩٥) ما بعدها.

[النساء: ٢٢]. ومنها التصريح بالتحريم، كقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله: ﴿وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ [النحل: ٩٠]، وقوله: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]. وقد وردت هذه الصيغ في نصوص القرآن والسُّنة في عددٍ من المعاني، منها التحريم كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُم مِّنْ إِمْلَٰقٍ﴾ [الأنعام: ١٥١]. وقد ترد كذلك في معانٍ أخرى لا تتعلَّق بالتشريع، كالدعاء في مثل قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا﴾ [آل عمران: ٨]، وكالإرشاد في قوله تعالى: ﴿لَا تَسْـَٔلُواْ عَنْ أَشْيَآءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ [المائدة: ١٠١].

ومذهب الشافعي أن ما ورد النهي عنه فهو على التحريم حتى يرد دليلٌ يصرفه إلى غيره[٩٠]. والأقرب إلى الصواب أن يتحدَّد المقصود من النهي بمعرفة المقصود من الكفِّ عن الفعل، والمصلحة التي تفوت بالمخالفة، على النحو الذي سبق توضيحه بالنظر إلى مفاد صيغة الأمر وموجبه[٩١].

ويدخل النهي الموجب للتحريم ضمن القواعد الآمرة في الاصطلاح القانوني، وهي تلك القواعد التي تلتحق بالنظام العامِّ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ولذا فإن الرضا بقتل النفس الإنسانية لا يبيحه، كما أن الاتفاق على المقامرة لا يحلها، والاتفاق على الربا المحرَّم لا يجيزه.

(٤) موجب النهي في العقود والتصرفات:

لا يترتَّب على النهي في البيوع والنكاح والتصرفات الحكم بالفساد مطلقًا فيما رجَّحه كثيرٌ من الأصوليين، من بينهم الغزالي، خلافًا لابن حزم[٩٢]. لكن ذهب البعض إلى أن موجب النهي الفساد إذا كان نهيًا عنه لعينه، وإن كان لغيره فلا يقتضي الفساد. فالمقامرة معاملةٌ باطلة لا تنقلب صحيحة؛ لأن النهي عنها لذاتها، والإجارة على القتل باطلة، والاتفاق على الفجور باطلٌ للنهي عن هذه

---

(٨٩) البحر المحيط (٢/ ٤٢٦) وما بعدها.

(٩٠) نفسه (٢/ ٤٢٧).

(٩١) المستصفى (٢/ ٢٤) وما بعدها، والإحكام للآمدي (٢/ ٢٠٨-٢٠٩) وما بعدها.

(٩٢) المستصفى (٢/ ٣٥)، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١/ ٣٩٥) وما بعدها.

المعاملات لذاتها. أما النهي لمعنى مجاور منفصلٍ عن المنهيِّ عنه فيفيد الفساد أيضًا، غير أنه ينقلب إلى الصحَّة إذا زال الوصف المفسد، كبيع الربا إذا اتفق الطرفان على إلغائه، وبيع السلاح زمن الفتنة والحروب الأهلية إذا انقضت هذه الظروف. وقد تقدَّم تفصيل ذلك.

خامسًا: المشترك

(١) تعريف المشترك:

المشترك لفظ واحد له أكثر من معنى، بحيث يدلُّ على كلٍّ منها على سبيل الحقيقة، وذلك كلفظ النكاح، فإنه يدلُّ على عقد الزواج وعلى فعل الوطء، حتى يُحمل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] على أيهما أو عليهما معًا، طبقًا للخلاف في ذلك؛ ومثله لفظ «القرء» فإنه للحيض والطهر، و«الصلاة» فإنها للدعاء والقربة، وكالفعل «بانَ» فإنه يطلق بمعنى ظهر وبمعنى انفصل.

وأسباب الاشتراك كثيرة: منها اختلاف البيئات اللغوية، فقد يدلُّ اللفظ على معنًى معيَّنٍ في إحدى القبائل، وعلى معنًى آخر في غيرها. ومنها انتقال اللفظ من معناه اللغوي المادي إلى معناه الاصطلاحي الذي قد يشيع في الاستعمال ويذيع حتى يتساوى في الشهرة مع المعنى اللغوي. ومنها الانتقال من المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي، واشتهاره هو الآخر، حتى يستوي مع المعنى الحقيقي.

(٢) حكم المشترك:

ينصرف اللفظ المشترك إلى المعنى الذي تحدِّده القرائن إن وجدت، وإلَّا فإنه يُحمَل على أحد معانيه الذي تحدِّده الأدلَّة الشرعية عند الأحناف؛ لأن هذه الأدلَّة منصوبةٌ لبيان الحكم المكلَّف به، ولا تكليف دون بيان. ويمتنع عندهم وعند بعض الشافعية إطلاق المشترك على جميع المعاني التي يفيدها؛ لِما يؤدي إليه ذلك من التعارض بينها.

يوضِّحه أن لفظ «القرء» في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ

قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، مراد به «الحيض والطهر؛ فمن أدى اجتهاده إلى الحيض أخذ به، ومن أدى اجتهاده إلى الطهر أخذ به»(٩٣). وخالف الشافعية في ذلك، وذهبوا إلى إمكان إطلاق المشترك على جميع معانيه، واحتجوا في ذلك بأمرين: **أولهما** أن اللفظ إذا استوت نسبته إلى جميع مسمياته، فيُحمَل على جميعها احتياطًا؛ **والآخر** وقوعه في النصوص الشرعية.

من ذلك أن: «موجب العمد التخيير بين القصاص والدية عند الشافعي، لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء: ٣٣]، فإن السلطان يحتمل الدية والقصاص»(٩٤). أما عند الأحناف فلا يُخيَّر الوليُّ، بل يُحمَل على القصاص عينًا إلا إن عفا ببدلٍ أو من دونه. والفرق أن العفو يوجب الدية عند الشافعية، على حين أنها لا تجب إلا برضا القاتل عند الأحناف(٩٥).

---

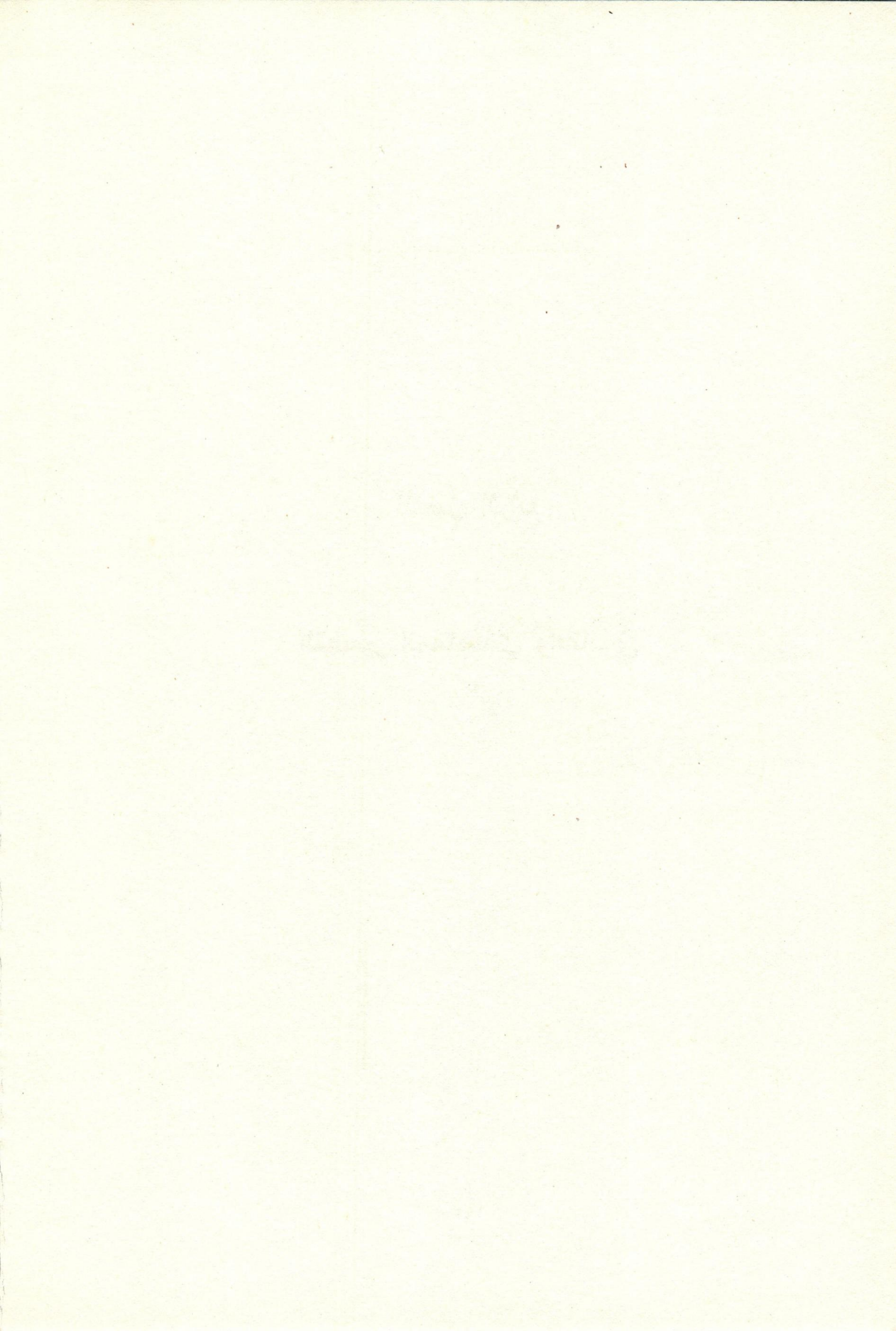
(٩٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص٣١٤.

(٩٤) نفسه، ص٣١٤.

(٩٥) انظر: بداية المجتهد لابن رشد، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٩٩٧م)، (٢/ ٣٩٣) وما بعدها؛ والمغني لابن قدامة، بيروت، دار الفكر، (بدون تاريخ طبع)، (٨/ ٣٣٦)؛ وبدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٢٤١).

الفصل الرابع

التفسير المقاصدي والقانوني



أولًا: التفسير المقاصدي

(١) تقديم:

على الرغم من الجهد البالغ الذي بذله الأصوليون في تفصيل القواعد اللغوية التي تضبط فهم النصوص الشرعية وتفسيرها، فإنه لا يصحُّ القول بأنهم تركوا القواعد غير اللغوية، أو أنهم أهملوا النظر إلى مقاصد الشارع في مشروعهم الخاصِّ بتفسير النصوص؛ إذ يؤكِّد الشاطبي - على سبيل المثال - أن: «تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق»[(١)]. ولذا فإن قوله ﷺ: «لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان»، يدلُّ بوضوحٍ على أن مقصود هذا النهي هو حفظ استقلال القاضي عند قضائه من أي ضغوطٍ داخلية أو خارجية تعوقه عن استيفاء الفكر والنظر، وتمنعه من كمال الفهم، وتحول دون التدقيق في ملابسات القضية وظروفها، مما يوقع في الظلم ويعمي عن الحقِّ. ويلتحق بالغضب الجوعُ والخوف المقلق والانشغال المانع من الفهم. ولا يحقُّ لهذا قصر الفهم على الغضب وحده، دون غيره مما يشترك معه في القصد إليه، مما هو أعمُّ من لفظه.

ويرجع الاهتمام بقواعد المقاصد التفسيرية إلى هذا الاهتمام المتزايد في العصر الحديث بمقاصد الشريعة، تأكيدًا لجهود التحديث، ودعمًا لأنشطة التجديد وصياغة النُّظم الاجتماعية في البلاد الإسلامية وَفْقَ متطلبات الحياة الحديثة. ويشير محمد خالد مسعود إلى **وثيقة عهد الأمان** التي صدرت في تونس عام (١٨٥٧م)، وهي الوثيقة التي تضمَّنتها مبادئ أقدم دستور عرفته البلاد الإسلامية، وهو الدستور الذي صدر في تونس عام (١٨٦٠م). وقد

---

(١) الموافقات للشاطبي (٢/ ٢٦٥).

تضمَّنت مقدمة هذه الوثيقة الإشارة إلى المصلحة واتفاق التشريع الإسلامي مع ما توجبه مصالح الناس في الحرية وحفظ الأمن والمساواة.

وفي مصر دعا محمد عبده في تقريره المتعلِّق بإصلاح أحوال المحاكم الشرعية في مصر والسودان إلى الاستناد إلى المصالح في الحكم بين الناس، ورأى أن مراعاة المصالح هي خاصيَّة التشريع الإسلامي التي أكسبته هذه القدرة على التطوُّر والتلاؤم مع احتياجات المجتمع، ودعا محمد عبده إلى وجوب تفسير النصوص الشرعية على أساسٍ من الاهتداء إلى مقاصد النصوص بدلًا من المتابعة الحرفيَّة لها، دون فهم لمراميها وغاياتها، وكان محمد عبده يشجِّع تلاميذه على دراسة موافقات الشاطبي التي تناولت مقاصد الشريعة بالتحليل والدراسة.

ونتيجة لذلك، نشرت مجلة المنار عام (١٩٠٦م) رسالة الطوفي في المصلحة في الجزء العاشر من الباب التاسع في أصول الفقه تحت عنوان: «**أدلَّة الشرع وتقديم المصلحة في المعاملات على النصِّ**». ولم يكن هذا هو العنوان الذي اختاره الطوفي لرسالته، وأُثير منذ هذا الحين جدلٌ واسِعٌ حول قضية علاقة المصلحة بالنصِّ، وصدرت العديد من الرسائل والبحوث التي تنتصر لتبعيَّة المصلحة للنصِّ وتأخُّرها عنه في الترتيب. وهاجمت هذه الرسائل والبحوث موقفَ الطوفي على أساس أنه يرى تقديم المصلحة على النصوص عند التعارض بينهما. وقد وضع هذا عمل المصلحة في قفص الاتهام دون طائلٍ، مما توقفت عنده فيما سبق.

ووظيفة هذا الفصل إلقاء الضوء على ما بذله الأصوليون من جهدٍ في مجال تفسير النصوص بالمقاصد لتحقيق هدفين:

أولهما: استكمال المشروع الأصولي في التفسير بتعقُّب ما تناوله الأصوليون في غير المواضع التي خصَّصوها لدلالات الألفاظ.

والآخر: إبراز هذا الجانب المقاصدي في تفسير النصوص التشريعية للقضاة والمشتغلين المعاصرين بالعمل القانوني، نأيًا بهم عن الانحصار في القواعد اللغوية، وبُعْدًا بهم عن تدوير أحكام تتغيَّا النصَّ دون العدالة، والحروف دون الحقِّ، والألفاظ دون المصالح، والنظر دون الواقع.

ولعل إلقاء الضوء على الجانب المقاصدي في تفسير النصوص التشريعية أن يفتح بابًا واسعًا لتفعيل مقاصد الشرع في الواقع العملي، يستكمل الحديث النظري الذائع عنها. وقد حرص ابن عاشور على التأكيد أن أدلَّة الشريعة اللفظية لا تستغني عن معرفة المقاصد الشرعية[2]، وهو ما أشار إليه الريسوني في قوله: «أول مجال اجتهادي يتوقف على النظر المقاصدي ويستفيد منه هو مجال فهم النصوص وتفسيرها»[3].

وقد حدَّد عبد الوهاب خلاف ما أجملاه تحديدًا أصوليًّا دقيقًا، حين أشار إلى أن: «معرفة المقصد العام للشارع من التشريع من أهمِّ ما يُستعان به على فهم نصوصه حقَّ فهمها، وتطبيقها على الواقع، واستنباط الحكم فيما لا نصَّ فيه؛ لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تحتمل عدَّة وجوه، والذي يرجِّح واحدًا من هذه الوجوه هو الوقوف على مقصد الشارع؛ ولأن بعض النصوص قد تتعارض ظواهرها، والذي يرفع هذا التعارض ويوفق بينها أو يرجِّح أحدها هو الوقوف على مقصد الشارع؛ ولأن كثيرًا من الوقائع التي تحدث ربما لا تتناولها عبارات النصوص، وتمسُّ الحاجة إلى معرفة أحكامها بأي دليل من الأدلَّة الشرعية، والهادي في هذا الاستدلال هو معرفة مقصد الشارع»[4]. ويلفت النظر كذلك إلى أهمية المذكرات التفسيرية والأوراق المتبادلة بين واضعي القانون لمعرفة مقاصد التشريع، والإفادة منها في فهم نصوصه.

ويعني التفسير المقاصدي المقابل للتفسير الذي يتحرى ألفاظ النصِّ ودلالاته: فهم النصِّ بالنظر إلى المصالح التي أرادها الشارع من شرعه؛ فالقصد من قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، هو تمليك الزوجة المهر، سواء تسلمته هي أو وليُّها. والقاعدة الأساسية التي تُستنبط مما ذكره الأصوليون في التفسير المقاصدي للنصوص هي: «وجوب الالتفات إلى

---

(٢) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، (١٩٩٩م)، ص٨٤٧.

(٣) أحمد الريسوني، الفكر المقاصدي، الدار البيضاء، (١٩٩٦م)، ص٩٢.

(٤) خلاف، علم أصول الفقه، ص١٩٧.

مقاصد الشرع في فهم نصوصه». وفيما يلي بعض القواعد المتفرِّعة عن هذه القاعدة.

(٢) لا تقصيد إلا بدليل:

مفاد هذه القاعدة أنه لا يصحُّ نسبة أي مقصدٍ إلى الشرع ما لم تؤيده الأدلَّة الشرعية والواقع العملي. ومقاصد الأحكام الشرعية لا تنصرف إلى هذه المصالح الشخصية أو الفئوية الضيقة أو الأنانية، وإنما تعني حفظ المصالح الجمعيَّة للخَلْق. وهذا هو ما يشير إليه تعريف الغزالي للمصلحة بأنها لا تعني: «جلب منفعة أو دفع مضرة»، وإنما تعني: «تحصيل مقاصد الشرع من الخلق». ومجموع مقاصد الشرع من الخلق على ما بيَّنه وتواتر عليه الناس بعده خمسة، وهي: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم ونسلهم وعقلهم ومالهم؛ «فكل ما يتضمَّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»[(٥)]

وإذ تعمل المصالح الجزئية في هذا الإطار الكليِّ، فإن من الواجب ضبط المقصد الجزئيِّ، وربطه بالكليِّ، والبرهنة على هذا الارتباط بالأدلَّة الشرعية والواقعية. من ذلك أن تبادل الاحترام مقصود شرعيٌّ جزئيٌّ، يستند إلى رعاية الشرع للكرامة الإنسانية، والنهي عن السخرية والتنابز بالألقاب، وله تعلُّق بحفظ العرض والمال والحياة الإنسانية على المستوى التكميلي أو التحسيني.

ويمكن البرهنة على ذلك من الواقع العملي؛ فإن عدم تبادل الاحترام مفسدةٌ تقود إلى الفوضى، وضعف المجتمع وزلزلة تماسكه. ويجب الانتباه إلى أن هذا الإطار العامَّ الذي أحكمه الغزالي لا يمكن إعماله في الواقع إلا بحلِّه إلى مشروعٍ تفصيليٍّ، يضبط المقاصد الجزئية المعتبرة في كل فرعٍ من الفروع القانونية المختلفة.

ومن الواضح - على سبيل المثال - أن للقانون الدستوري مقاصده الأساسية المتمثِّلة في حفظ حقوق الإنسان، وضبط أداءات السلطات الأساسية

---

(٥) المستصفى (١/٢١٧).

في الدولة، كما أن عدم تغول السلطة التنفيذية مما قد يقصده القانون الإداري للحفاظ على حياة الناس وأموالهم، بل وأوطانهم أيضًا.

وما دامت العبرة بالدليل في التقصيد، فإن الإطار الذي قدَّمه الغزالي وقبله من تلاه ليس حاصرًا، بل يمكن إضافة العديد من المقاصد التي لا تقلُّ في الأهمية عمَّا حصره الغزالي باستقرائه نصوص الشرع؛ إذ لا يمكن الشكُّ في اعتبار الشارع مقاصد العدل والمساواة والحرية التي تتماسك فيما بينها، وتترابط أدلتها الشرعية، ولا تحقيق لأيٍّ منها في الواقع دون سائرها. وكذلك فإن «حفظ الوطن» مقصد شرعيٌّ أساسيٌّ، لا يتصور حفظ الدين والحياة والعرض والنسل والعقل والمال والكرامة من دون هذا الحفظ. وليس حفظ الوطن نشيدًا يُتْلَى في طوابير الصباح أو قبل المباريات الرسمية، وإنما يتطلَّب عملًا شاقًّا متكاملًا يتجه إلى التنمية والقوة. ولا شكَّ كذلك في أن «تدمير الأوطان» الذي تتنافس في السعي إليه كثيرٌ من الحركات التخريبية مفسدةُ المفاسد التي تهدم كلَّ ما قصده الشرع من أحكامه. ويجب أن تنفض هذه الحركات يدها من الاستمرار في هذا العار، وأن تتوب إلى الله مما اقترفت.

(٣) ثبوت المقصد بدليله ثبوتًا جازمًا مقطوعًا به:

لا تثبت أصول الشرع وقواعده الكليَّة بالظنِّ، طبقًا لما أوضحه الجويني والشاطبي[٦] على ما سلف. والأدلَّة المعتبرة في التقصيد هي «المستقرأة من جملة أدلَّة ظنيَّة تضافرت على معنًى واحدٍ حتى أفادت القطع»[٧]. والمقطوع به أن المقصود من أحكام الزواج هو السكن والاستقرار والستر: ﴿لِبَاسٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧]، والمودَّة والرحمة، مما يتضح في شرع الخطبة وتحديد مفهوم المهر (نحلة) وشرع الطلاق والمتعة. ويتحدَّد المقصود من العقوبات في حفظ حقوق الدولة والمجتمع في البقاء والحرية والاستقلال والدفاع الشرعي والأمن الداخلي، وسلامة الأفراد في حياتهم وصحتهم وأموالهم وأعراضهم.

---

(٦) الموافقات للشاطبي (١/ ٢٩).

(٧) نفسه (١/ ٣٦).

(٤) اطراد اعتباره في الشرع:

المقاصد كامنةٌ في النصوص، ومقصودةٌ في الأحكام على نحوٍ لا استثناء فيه، إلَّا لسببٍ يوجب الاستثناء، مما يرجع إلى حفظ أحد المقاصد الكليَّة. من ذلك أن حفظ الحياة الإنسانية أحدُ هذه المقاصد، وإن أُبيح حقُّ الدفاع الشرعي عن النفس على سبيل الترخُّص والاستثناء في هذه الظروف الطارئة، لتحقيق المقصد نفسه. وحُرم أكل الميتة لحفظ الحياة الإنسانية، لكن يباح ذلك عند الاضطرار، للمقصد نفسه.

وقد فهم الفقهاء هذا الاطراد، واستندوا إليه في اجتهاداتهم. يدلُّ عليه أن القصد من العقاب الحديِّ على الرمي بالزنا الثابت بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] هو حفظُ الكرامة الإنسانية. وتثبت هذه العقوبة بالتصريح بالرمي. أما التعريض به فلا يوجب العقوبة الحديَّة عند أبي حنيفة والشافعي، خلافًا لمالكٍ الذي لا يفرق بين التصريح والتعريض، طردًا للباب على وتيرة واحدة.

ويفسد هذا التوضيح اتباع منهجية الهيرمينوطيقا التي تستبدل قصد المؤلِّف بمقصود النصِّ. وتعني هذه المنهجية أنه لا سبيل إلى الإمساك بقصدٍ للنصِّ يبعد عمَّا يستشعره القارئ؛ فتفسير النصِّ وقراءته عمل ذاتيٌّ، ولا نهاية للقراءات والتفسيرات المحتملة، وليس هناك هذا الفهم النهائي أو الصحيح الوحيد، والنصُّ كيان مستقلٌّ يتطلب تفسيره اندماج الآفاق الخاصَّة بكلٍّ من النصِّ والمفسِّر (Fusion of Horizons) وإقامة حوار (Conversation) مع النصِّ لا يتقيد فيه المفسِّر بمقصود مُبدع النصِّ، وإنما بما ينكشف له[٨].

ومن جهة أخرى، فإنه يلزم لتفسير النصِّ الوعي بتاريخيته، وتسكينه في

---

(٨) ترجع أصول هذه المنهجية إلى جورج جادامير (Hans-Georg Gadamre) (ت: ٢٠٠٢) التي أودعها كتابه: «الحقيقة والمنهج» (Truth and Method). وقد تأثَّر بهذه المنهجية عددٌ من الحداثيين العرب الذين حاولوا دون جدوى أن يطبقوها على قراءاتهم العبثية للنص القرآني، ومن هؤلاء: نصر حامد أبو زيد في كتابيه: «نقد الخطاب الديني»، و«إشكاليات القراءة وآليات التأويل»؛ وطيب تيزيني، «الإسلام والعصر: تحديات وآفاق»، سلسلة حوارات القرن الجديد، دار الفكر، دمشق، (٢٠٠٢)، ص١٠٥.

الزمن الذي ولِد فيه، وربطه بوقت تشكُّله. وقد تصحُّ هذه الافتراضات في مجال قراءة الشعر أو القصة، غير أنها لا تنتهي في النصوص التشريعية والعملية إلا إلى تدميرها وإفراغها من مضمونها على نحوٍ عبثيٍّ؛ إذ لن يلقى مثل هذا المحامي الذي يقف أمام المحكمة مستعرضًا قراءته الخاصَّة لعقوبة السجن التي تطال موكله بأن مقصودها مجرَّد التخويف سوى الطرد والسخرية والاتهام بازدراء هذه المحكمة.

(٥) ظهور المقصد ووضوحه، مع انضباطه:

المقاصد الكامنة في النصوص مقاصدُ عملية، تحكم سلوكَ الناس، ويجري التكليف بمقتضاها. ولهذا يلزم أن تكون هذه المقاصد ظاهرةً واضحةً منضبطةً، إمَّا بالنصِّ وإمَّا باستنباطها من الجزئيات الدالَّة عليها، كالقصد إلى حفظ كلٍّ من السلام الخارجي، سواء بالاستعداد أو بالمعاهدات؛ والداخلي، بالمصالحة القائمة على العدل، أو بقتال الفئة الباغية على النحو الذي ضبطته آية الحجرات.

أما هذه المقاصد غير المنضبطة، مثل شق عصا الجماعة، وإيقاع الفرقة وتهديد الأمن الاقتصادي وتكدير السلام ونشر الفتن وهدم الدين، فلا يصحُّ أن ينبني عليها عمل، ولا أن تقوم بها حجَّة.

إن مقصد حفظ السلام الداخلي مستنبطٌ من آيتي الحجرات ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَـٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۝٩﴾ [الحجرات: ٩-١٠]، اللتين تمنعان الاقتتال، وتوجبان الصلح القائم على العدل بين الفئات المتخالفة، وتمنعان من تسلُّط إحداها على غيرها، على ضوء مبدأ الأخوة الإسلامية أولًا والإنسانية التي تغلب على السورة نفسها فيما بعد. ويفيد ضبط هذا المقصد على هذا النحو إذنًا بفتح أبواب التنوُّع السياسي، والحوار الاجتماعي بين الطوائف المتخالفة والتعاون على الحقِّ والعدل، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لمنع الوصول إلى حالة الاحتراب والاقتتال. وهكذا، فإن كل نصٍّ تشريعيٍّ يحمل في مضمونه مقاصدَ يلزم ضبطها بالتناسق

مع ما له تعلُّق بها من النصوص الأخرى، لإعمال مراميها في دوائر متباعدة ومتجدِّدة بتجدُّد الواقع.

لقد جاءت آية الحجرات لتضبط أحوال الاحتراب المسلَّح في المجتمع الإسلامي قبل حدوث ما يدلُّ على إمكان وقوعه لضبط عمل الجماعة الإسلامية في مثل هذه الأحوال، وللإذن بإعمال المقاصد المتناسقة التي تمنع من الوصول إلى هذه الأحوال.

وما أقرِّره هنا هو وجوب ضبط مقاصد النصوص على حدتها أولًا، ثم ربط شبكات العلاقات فيما بين مجموعاتها ثانيًا؛ لتيسير فهم المقصود الشامل من إعمالها في الواقع آخر الأمر؛ إذ لا تفصح هاتان الآيتان عن مقصودهما بمعزلٍ عن مقاصد النصوص الأخرى المتشابكة معهما.

ورغم هذا التنظيم الجيد من الفقهاء المسلمين لأحكام البغي والصراع المسلَّح على هدي هاتين الآيتين، فإنهم لم يفطنوا في مطولاتهم إلى مقاصد النصوص الأخرى المتشابكة معهما، لضبط ذرائع الاحتراب وسدِّها، وفتح ذرائع الحوار، وتنظيم المؤسسات الاجتماعية السياسية والنقابية التي ترعاه، طبقًا لقاعدة «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

وإذا كان زجر الجناة على رأس أهداف التشريع الجنائي فيما استنبطه الفقهاء من النصوص، فقد كان من الواجب النظر فيما يرتبط بهذا المقصدِ من تقليل أعداد الجرائم في المجتمع، وإعادة تأهيل الجناة، وتقليل التكلفة الاجتماعية والاقتصادية المتعلِّقة بإدارة دور العقاب.

(٦) التناسق المقاصدي الذاتي واللغوي:

يلزم التأكيد على تناسق مكونات المشروع المقاصدي مع الدلالات اللغوية للنصوص، وفيما بين المقاصد الجزئيَّة والكليَّة، بحكم أن النصوص الشرعية تجسيدٌ لإرادة الشارع تحقيق مقاصد محدَّدة ومنضبطة، سواء كانت كليةً أو جزئيةً. وتفرض مصدرية النصوص للمشروع المقاصدي تناسقَ مكوناته فيما بينها، ووجوب عدم تعارضها.

ويصلح افتراض عدم التعارض بين شبكة المكونات أن يقدِّم معيارًا لاختبار مشروعية ما يُستَنبط من المقاصد الجزئية. لقد قدَّم الغزالي مشروعًا مقاصديًّا مبدئيَّ التكوين، لا يمكن الاختلاف فيه، وإن لم يكن حصريًّا أو شاملًا. ولذا يلزم البناء عليه بإضافة ما تفيده النصوص.

وعلى سبيل المثال، فإن النصَّ القاضي بوحدة النوع الإنساني: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ﴾ [الحجرات: ١٣] في إيجابه القصد إلى نبذ العنصرية والتعصُّب لجنسٍ معيَّن مما يمكن إضافته إلى البناء المقاصدي المبدئي بالتجانس معه. ويتناقض هذا المقصد مع ممارسات الإبادات الجماعية التي تسكن منطقتنا العربية المعاصرة على نحوٍ غير مسبوقٍ في تاريخ هذه المنطقة، مما ينذر بمخاطر بالغة السوء.

وكذا فإن مقصد قوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمًۢا بِجَهَـٰلَةٍ﴾ [الحجرات: ٦] هو العلم بالحقيقة الصالحة لبناء الحكم عليها في الخصومات والنزاعات بما يوجبه العدل. وإنما يعمل هذا المقصد بالتناسق مع غيره، مما يتعلَّق بالمساواة والعدل وحفظ الأموال والأنفس.

وبهذا تتأكَّد موضوعية مشروع المقاصد القرآنية، وإلزام المؤسسات العلمية والقضائية بالكشف عن هذه المقاصد وتفعيلها في الواقع. ويتناسق الموقف الهجائي لسياسات فرعون الاستبدادية في القرآن مع قصده إلى إقامة الحكم المبنيِّ على الشورى والعدل والمساواة، وبناء المجتمع على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ويلزم الكشف عن المقاصد وَفْقَ مقتضيات اللسان العربي الذي نزل القرآن به. وهو ما يؤكِّده الشاطبي ببيانه أن القرآن نزل بلسانٍ عربيٍّ مبين؛ «فمن أراد تفهُّمه فمن جهة لسان العرب يُفهَم، ولا سبيل إلى فهمه من غير هذه الجهة»[٩].

ويضحِّي بعقولهم هؤلاء الحداثيون الذين يدعون إلى قراءة مقاصدية

---

(٩) الموافقات للشاطبي (٢/ ١٠٢).

للتشريعات القرآنية دون تقيُّد بقواعد اللسان العربي؛ فمن غير المنطقي أن يفهم السائق قول الراكب: «انحدر يمينًا» على أنه يريد زجاجة الماء التي أمامه. ولا يبعد عن هذا المثال العبثيِّ ما يقوله أحدهم من أن القرآن لم يقصد إلى الإلزام الحرفيِّ بتشريعاته، وإنما قصد إلى التيسير؛ لأنه «كتاب مقاصد أخلاقية، وكتاب رحمة وتيسير... وليس كتاب تقنين وتدوين»(١٠)، ولا تبعد الأحكام التفصيلية النادرة التي احتواها عن كونها حلولًا لمشاكل تاريخية في ظروفٍ خاصَّة(١١).

ولا يمكن الحديث بهذه الجرأة عن إمكان استخراج مقاصد أي نظامٍ قانونيٍّ آخر من غير لغته، وإنما من عقل قارئه. ويكفي هذا الاستدلال العكسي وفساد الضد للدلالة على وجوب استنباط مقصد النصِّ وضبطه وفق مقتضيات لغته.

إن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الإسراء: ١٥]، دليلٌ على قصد الشارع إلى إرساء مبدأ شخصية المسؤولية؛ ولهذا لم يقر الفقه الإسلامي مبدأ العقوبات الجماعية لتعارضه مع شخصية المسؤولية، والقصد إلى جعل كل إنسان مسؤولًا عن عمله. ويفيد قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، المقصود من شرع القصاص، وهو حفظ الحياة. ويفيد قوله: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠]، القصد إلى دوام الاستعداد بالتسلُّح والتدريب للدفاع ومواجهة العدو، مثلما يفيد قوله: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ﴾ [الأنفال: ٦١]، القصد إلى التحريض على حفظ السلام الخارجي، والداخلي من باب أَوْلَى. ولم يكن للقرآن من مقصودٍ في ضبط المواريث سوى الحفاظ على أموال المجتمع التي تنتقل بكاملها من جيلٍ إلى آخر ثلاث مرات تقريبًا في كل قرن، بصفة دورية، ولم يكن القصد مجرَّد تقديم يد العون إلى أطفال وزوجات شهداء الحروب التي اضطر المسلمون إلى خوضها في بدء دعوتهم.

وقد أسَّست نصوص القرآن في العقاب مفهوم الجريمة بالنهي عن ارتكاب

---

(١٠) الصادق بلعيد، القرآن والتشريع: قراءة جديدة لآيات الأحكام، منشورات الحلبي، بيروت، (٢٠٠٤م)، ص٣٠٩-٣١٢.

(١١) عبد المجيد الشرفي، الإسلام بين الرسالة والتاريخ، دار الطليعة، بيروت، (٢٠٠١م)، ص٣٩ وما بعدها.

المحرمات، والأمر بما هو ضروري لتنظيم حياة اجتماعية سليمة، مثل الأمر بالإنفاق على الزوجة والأولاد، ليفرق الفقهاء فيما بعد بين الجوابر والزواجر، أو بين الجرائم والتعديات المدنية أو الضمانات. ولم يكن القصد من الأمر بإيجاب الوفاء بالعقود، وتأسيس صحتها على الرضا، إلا إلى تيسير تبادل الأموال والمنافع والخدمات في مجتمعٍ يتجه إلى الانطلاق والتخصُّص في الإنتاج، ولم يقر الفقه كذلك مفهوم الأشغال الشاقَّة في السجون لتعارضه مع حرية العمل والكرامة الإنسانية. وكذا فإن الحقَّ في المحاكمة العادلة من المصالح التي أولاها الشرع عنايته، طبقًا لما عبَّر عنه عمر بن الخطاب في كتابه إلى القاضي أبي موسى الأشعري.

ويدلُّ اجتماع هذه القصود - وغيرها مما لا يمكن إحصاؤه هنا - على توجُّه القرآن إلى إقامة مشروعٍ مقاصديٍّ منضبط ومحدَّد، وأوغل في التفصيل من مجرَّد التيسير والرحمة اللتينِ لم يشأ هؤلاء المحدثون إبصار غيرهما، للتفلُّت من التفصيلات التي لا يريدونها.

(٧) قواعد التفسير المقاصدية وطرق الكشف عنها:

ينكشف المقصد من النصِّ باستظهار المصلحة أو الحقِّ الذي يعتبره الشرع، بإسناده إلى سببه، والمختص به، مع حمايته بفرض أجزية على المتعدي عليه، بما يشمل كلًّا من العقوبات والضمانات. ولمَّا كانت المصالح والحقوق مقوماتِ إشباع الحاجات الإنسانية، فإنها تتنوَّع بتنوُّع هذه الحاجات؛ إذ قد تكون فرديةً أو جماعيةً، وقد تنشأ بأسبابٍ إرادية كالعقود أو غير إراديةٍ كموت المورث، وقد تكون ماليةً كالمديونية أو غير ماليةٍ كحلِّ العشرة بين الزوجين، وقد تكون حقيقيةً أو متوهمةً، كسعي المدلِّس إلى ترويج سلعته بالكذب والدعايات الزائفة التي لن يجني منها سوى تدمير سمعته ومكانته بين الناس.

ولن يمكن استقصاء كل ذلك هنا، وإنما سأكتفي بذكر بعض القواعد المتعلِّقة بالمصالح والحقوق التي راعاها الشرع، وأوجب حمايتها، مما جمعه الشاطبي في الجزء الثاني من موافقاته، وفيما يلي بعض ما يكثر دورانه منها:

أ - **تحديد مقاصد الشريعة لا ينبني على ظنونٍ وتخميناتٍ**: معنى هذه القاعدة أنه يلزم اتباع الطرق المعهودة المعتبرة للوصول إلى اليقين في معرفة قصد الشارع، أما مجرَّد الظنون والافتراضات فلا يكفي الاستناد إليها في اعتبار مصلحة ما من مقاصد الشارع.

وتتفرع هذه القاعدة عن نظرية الشافعي في قطعيَّة الأصول التي تنبني عليها الأحكام، وعبارة الشاطبي في ذلك أن: «كل أصلٍ يُبنى عليه الفقه ويرجع إليه في استنباط أحكامه، يجب أن يكون قطعيًّا»، وسواء قصد بالأصل الدليل من الكتاب والسُّنة أم القاعدة الكليَّة المأخوذة بالاستقراء من نصوص الشريعة أو الكليات الشرعية والمقاصد العامَّة، فإن مقاصد الشريعة مما يرجع إليه لفهم النصوص أو لتقدير الحكم الشرعي واستنباطه؛ ولذا وجب ألَّا ينبني تحديدها على الظنون والتخمينات، ووجب أن يكون مقطوعًا بها.

ب - **وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معًا**: معنى هذه القاعدة أن الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية والشرائع السابقة عليها ليست إلَّا لتحقيق مصالح الناس في هذه الدنيا وفي الآخرة.

ج - **كل ما كان مكملًا ومقويًا لمقصودٍ شرعيٍّ فهو مقصود تبعًا**: تفيد هذه القاعدة إمكان استنباط المقاصد التابعة للمقاصد التي دلَّت عليها النصوص الشرعية، فإذا لزم عن المقاصد الأصلية التي دلَّت عليها النصوص الشرعية مقاصد أخرى تقويها وتؤكِّدها، دلَّ ذلك على أنها مقصودةٌ للشارع، وقد تقدَّم توضيح ذلك.

د - **المصالح المقصودة من وضع أحكام الشريعة ابتداءً إمَّا ضرورية أو حاجية أو تحسينية**: والضروريات أصل للحاجيات والتحسينات، فيلزم من اختلالها اختلالهما، كما أن الضروريات مفتقرةٌ إليهما[١٢].

هـ - **الشارع لا يقصد التكليف بالمشاق**: لا يكلِّف الشارع بإتيان الأفعال قصدًا للمشقَّة المترتبة عليها، وإنما يقصد الشارع من التكليف تحقيق المقاصد والمصالح. ومع ذلك، فإن الشارع يكلِّف بإتيان الأفعال المحقِّقة للمصلحة،

---

(١٢) الموافقات للشاطبي (٢/ ١٢) وما بعدها.

وإن لزم عن ذلك وجود المشقَّة. وهذا ما أوضحه الشاطبي بقوله: لا نزاع في أن الشارع قاصدٌ إلى التكليف بما فيه مشقَّة، لكنه لا يقصد هذه المشقَّة، بل يقصد ما في ذلك من المصلحة.

وعلى سبيل التوضيح، فإن الشرع يوجب الوفاء بالعقود، لا لإعنات المتعاقدين وإحراجهم والمشقَّة عليهم، مع ما قد يحدث من المشقَّة في ذلك أحيانًا؛ وإنما هو يقصد من إيجاب ذلك إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين من إلزامهم بوجوب الوفاء بتعاقداتهم.

و - **اختلاط المفاسد بالمصالح في الواقع، والعبرة في الشرع بالغالب منهما**(١٣).

ز - **الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع، والأحكام مبنيَّة على رعاية المصالح**(١٤).

ح - **الأمر بالفعل يستلزم قصد الشارع إلى وقوع ذلك الفعل، والنهي عنه يستلزم القصد إلى منع وقوع المنهي عنه**: تقدَّم أن مجرَّد الأمر والنهي من الطرق التي يجري التعرف إلى مقصود الشارع من طريقها، فإن قوله: «افعل» يدلُّ على القصد إلى إيقاع هذا الفعل، وقوله: «لا تفعل» مما يعدل على القصد إلى المنع من وقوعه.

ط - **مدح الفعل دليلٌ على قصد الشارع إلى إيقاعه، وذمُّه دليلٌ على القصد إلى عدم إيقاعه**: معنى هذه القاعدة أنه يمكن التعرف إلى مقصود الشارع بالالتفات إلى ما ورد في النصوص من مدحٍ أو ذمٍّ؛ لأنهما يُشعران بالقصد لإيقاع الممدوح، والمنع من إيقاع المذموم.

ي - **الامتنان بالنِّعم يُشعر بالقصد إلى تناولها والتمتُّع بها**: وذلك لأن الامتنان بالنعمة مُشعِرٌ بمدحها، وقصد الشارع إلى الانتفاع بها.

ك - **التكاليف العادية يكفي لصحتها ألَّا يكون القصد فيها مناقضًا لقصد**

---

(١٣) الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٠) وما بعدها.

(١٤) نفسه (٢/ ٤٠) وما بعدها.

الشارع، ولا يشترط فيها ظهور الموافقة: ومعنى هذه القاعدة أنه يكفي عدم التعارض مع قصد الشارع ليتحقَّق امتثال المكلَّف في إتيان التكاليف المتعلِّقة بالعادات والمعاملات. وقد أشرت إلى منهج الصحابة والتابعين في الاكتفاء بعدم معارضة النصوص للمصالح لاعتبارها.

ل - **كل أصلٍ ملائم لتصرفات الشارع، وكان معناه مأخوذًا من مجموع أدلته حتى بلغ درجة القطع، يُبنى عليه ويُرجع إليه، ولو لم يشهد له أصلٌ معيَّن.** ولا يُشترَطُ لتحديد مقصود الشارع النصُّ عليه، وإنما يمكن استنباطه بمتابعة النصوص الشرعية واستقرائها إذا وجدناه ملائمًا لتصرفات الشارع في مناسباتٍ عديدة، ولو لم نجد نصًّا بعينه يشهد لهذا المقصود.

من ذلك أن تقديم المصلحة العامَّة على المصلحة الخاصَّة مما عُرِفَ أنه مقصودٌ للشارع، مع أننا لا نجد مثل هذه المصلحة في نصٍّ معيَّن؛ وإنما أفاد الاستقراء لقواعد الشريعة ومبادئها العامَّة أن هذا التقديم مناسبٌ لمسلك الشرع. من ذلك المنع من الاحتكار، وذلك لمعارضة مصلحة المحتكر للمصلحة العامَّة، وكذا شرع الجهاد مع ما فيه من مشقَّة على الجنود والمحاربين، وذلك لتحقيق المصلحة العامَّة، وما إلى ذلك من تشريعاتٍ تحقِّق المصالح العامَّة ولو مع التضحية بالمصالح الخاصَّة.

م - **إذا فهمنا من الحكم الشرعي حكمةً معينةً لشرعه، فلا يلزم من ذلك عدم وجود حِكمٍ أخرى غيرها**: هذه القاعدة تؤكِّد سابقتها؛ لأن إثباتَ مقصودٍ معيَّن للشارع من شرع الحكم لا ينفي وجود غير هذا المقصود، بل يستلزم اعتبار الشارع للمقاصد التابعة لهذا القصد، مما يؤكِّده ويقوِّيه ويتفرع عنه، كما تقدَّم.

و - **لا بدَّ من المحافظة على الجزئيات لإقامة الكليات**[١٥].

ز - **الشريعة عربية؛ فعلى أسلوب العرب تُفهَم**[١٦].

---

(١٥) الموافقات للشاطبي (٢/ ٦١) وما بعدها.

(١٦) نفسه (٢/ ٦٤) وما بعدها.

س - الحرج العامُّ والخاصُّ مرفوعٌ، فلا تكليف بالمشاق الراجعة إلى المكلَّف أو غيره[١٧]: **ولهذا لا يجوز تكليف السجين بالأشغال الشاقَّة، ولا تقييد قدميه بالسلاسل والأغلال أو يديه، طبقًا لما نبَّه إليه أبو يوسف قاضي قضاة هارون الرشيد، وكذا لا يجوز حبسه حبسًا انفراديًّا، لتدميره نفسية السجين وأجهزته العصبية.**

ع - **العوائد معتبرة للشارع قطعًا، والأصل فيها التعليل والقياس**[١٨].

ف - **ما شُرع لمصلحة فللمكلَّف قصد ما عقل منها، وله قصد ما عسى أن يكون الشارع قصده**[١٩].

ص - **الحيل المفوتة للمصالح الشرعية ممنوعة**[٢٠].

ق - **تقديم المصالح العامَّة على الخاصَّة، والكليَّة على الجزئيَّة، والقطعيَّة على المظنونة، والضروريَّة على غيرها.**

ومن الواجب العمل على استخلاص قواعد المقاصد التي عبَّر عنها الإمام الشاطبي وغيره في عملٍ مستقلٍّ؛ لتيسير فهم علم المقاصد، وإمكان الاستفادة منه في التطبيقات القضائية، حتى ننتقل بهذا العلم من هذه الصياغة الفلسفية النظرية التي قدَّمها الشاطبي إلى المجال العملي التطبيقي.

(٨) مقارنة:

سادت قاعدة التفسير الحرفي أو اللغوي (Literal Rule) في القانون الإنجليزي فترة طويلة، إلى أن عدلتها القاعدة الأخرى (Mischief Rule) التي تركِّز على الضرر الذي أراد مشرِّع القانون رفعَه وإزالته على ما ظهر في قضية هيدون (Heydon's Case) التي حكمت المحكمة فيها عام (١٥٨٤م) بإبطال عقد إيجار لِما تقضي به المصلحة العامَّة.

---

(١٧) الموافقات للشاطبي (٢/ ١١٩) وما بعدها.

(١٨) نفسه (٢/ ٢٨٦) وما بعدها

(١٩) نفسه (٢/ ٣٧٣) وما بعدها.

(٢٠) نفسه (٢/ ٣٨٠) وما بعدها.

وقد جاءت هذه القاعدة الغائية (Purposivisim) أو المقاصدية (Purposive Rule) تفريعًا على قاعدة الضرر السابقة بالاتجاه إلى تفسير القانون أو نصوصه بالنظر إلى المصلحة المقصودة، أو الهدف الذي سعى إلى تحقيقه. وإنما تعمل هذه القاعدة التفسيرية بالرجوع إلى عددٍ من القرائن الداخلية المتمثِّلة في مقصود المشرِّع، والخارجية المتمثِّلة في مبادئ النظام القانوني وقِيمه العامَّة، والمذكرات التفسيرية وما إلى ذلك مما يدلُّ على المصالح المقصودة من التشريع.

وقد تطورت هذه القاعدة المقاصدية في التفسير في القانون الأنجلو-سكسوني على يد القانوني الكندي البارز (ElmerA. Driedge) المتوفَّى عام (١٩٨٥م)، وذلك في كتابه المنشور عام (١٩٧٤م) بعنوان: (The Construction of Statutes)، وهو المنهج الذي صارت إلى تفضيله المحكمة العليا (The Supreme Court) الكندية التي تقع في أعلى درجات السلم القضائي في البلاد. ولهذا المبدأ الذي طوره دريدجر وظائف متنوِّعة، من بينها الكشف عن حكم القانون في القضية بإلحاقه بمقصوده، وتوضيح أسبابه، واختبار مشروعية بعض أحكامه[٢١]. ولعل قوله بوجوب ألَّا يُفسَّر النص القانوني منذ اليوم وفق مقتضيات سياقه اللغوي فحسب، وإنما الواجب أن يتناسق ذلك مع مقصوده والغرض منه[٢٢]؛ من أكثر الأقوال التي تستعيدها هذه المحكمة في أحكامها، فيما يدلُّ عليه النظر إلى موقعها الإلكتروني. وكان هناك حتى عام (٢٠٠٦م) ما لا يقلُّ عن (٥٩) حكمًا أشار إلى نهج دريدجر في التفسير المقاصدي.

ولا أريد أن أستطرد إلى الثناء على منهج التفسير المقاصدي الذي حرَّره الشاطبي بقدر ما أودُّ لفت النظر إلى أهمية ترجمة هذا الكتاب، مع حثِّ المشتغلين بالعمل القانوني في البلاد العربية والإسلامية على الإفادة من هذا المنهج المقاصدي في فهم القانون وتطبيقه.

---

(٢١) Driedgers "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization Stéphane BEAULAC and Pierre-André COTÉ, Revue.book Page 132 Jeudi, 8. juin 2006.

(٢٢) Butterworth,Toronto.ed. nd 2,of StatutesThe Construction, 1983, ElmerA Driedger, 87.

(٩) المنهج المقاصدي والعمل القضائي:

لم يتردَّد القضاة منذ عهد الصحابة في تفسير النصوص التشريعية على أساس تغليب النظر إلى المصالح. ولا أدلَّ على ذلك من الحكم في المسألة المشتركة التي اجتمع فيها إخوة أشقاء ولأُمٍّ مع زوج وأم؛ إذ حكم عمر بن الخطاب أولًا طبقًا لما يفيده النص القرآني الواضح الدلالة بإعطاء أصحاب الفروض فروضهم، فأخذ الزوج النصف، والأم السدس، والإخوة من الأم الثلث، فاستغرقت التركة، ولم يبقَ للعصبات - وهم الإخوة الأشقاء - ما يرثونه رغم استحقاقهم وعدم حجبهم. وقد بدت قسوة الظلم للإخوة الأشقاء في قضية مماثلة تالية، وبدا أنهم مستعدون للدفاع عن حقِّهم المنطقي في الميراث إلى أقصى مدى ولو بافتراض إنكار الوجود الإنساني لأبيهم، وأن يكون حمارًا أو مجرَّد حجرٍ ملقى في مياه عميقة لم يلقه أحدٌ، للتركيز على الصلة المُسعدة في الميراث، وهي كونهم من أُمٍّ واحدة بالمساواة مع الإخوة للأُمِّ في هذا. وقد انحاز عمر إلى هذا الدفاع الذي انطلق من مقصود المساواة، رغم حدَّة التعبير عنه، ووازن به التفسير اللفظي الذي عمل به في تقدير نصيبي الزوج والأم. وبدا أن الإخوة للأمِّ لم يرضهم التشريك، وأثاروا التذكير بما حكم به عمر في القضية المماثلة السابقة، فردَّ عليهم عمر بقوله: «ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي». وقد تقدَّمت الإشارة كذلك إلى قضية المرأة اليمنية وعاشقها وصديقه الذين اجتمعوا على قتل ابن زوجها من غيرها، وقتلهم جميعًا به، قصدًا إلى حفظ الحياة في المجتمع.

وتستند أكثر القضايا التي دوَّنها الكندي في كتابه: «**ولاة مصر وقضاتها**» إلى تفسير النصوص الشرعية تفسيرًا مقاصديًّا. وقد حكم عليٌّ بتضمين الصنَّاع مطلقًا قائلًا: لا يُصلح الناس إلا هذا. وتبدو المصلحة الاجتماعية واضحةً في النهي عن الاحتكار وتلقي الركبان ومنع التسعير، واتفاق البائعين على سعر موحَّد، وما يماثل ذلك.

(١٠) إجمال:

لا ينفكُّ تفسير النصوص التشريعية عن حماية المصالح والحقوق التي

جاءت هذه النصوص لرعايتها. وإذا كانت المصالح المعتبرة مكنات قانونية لإشباع الحاجات الإنسانية التي راعاها الشرع ورتَّب لحمايتها، فإن الحقوق والأحكام الشرعية ترجمةٌ لهذه المصالح الذي قد تبدو مجرَّدة وعامَّة إلى اختصاصاتٍ حاجزة مستحقة لأصحابها على نحوٍ محدَّد. وقد تختلط المصالح بالحقوق أحيانًا، غير أن الموازنة بين تقسيمات المصلحة إلى معتبرة وملغاة ومرسلة والتقسيم الرباعي للحقوق هذا التقسيم[٢٣]:

أ - **حقوق الله.**

ب - **حقوق العباد.**

ج - **مختلطة وحقوق الله غالبة.**

د - **مختلطة وحقوق العباد هي الغالبة[٢٤].**

إنما يدلُّ على نوعٍ من التفريق بينهما؛ ولذا كان تعريف المصالح بأنها جلبُ منفعة أو دفعُ مضرةٍ، أو أنها المحافظة على مقصود الشرع على حين جاء تعريف الحقِّ بأنه الحكم الشرعيُّ ذاته، أو أنه الدليل إلى الحكم الشرعي؛ فهو بهذا مصلحة مقيدة باستحقاقها شرعًا لصاحبها. وهذا هو ما يفيده تعريف الحقِّ بأنه الاختصاص الحاجز للغير، بما يشمل الحقوق المالية (التزامات، أرزاق ورواتب، حق التملُّك)، أو غير المالية مثل حق الدفاع الشرعي والمحاكمة العادلة، والمعاشرة الزوجية، وحق الدولة في الحرية والاستقلال والبقاء وصد العدوان. وبهذا فإن المصالح أكثر تجريدًا من الحقوق المختصَّة بأصحابها الذين يستأثرون بها. وقد يتجه القانون الإنجليزي كذلك إلى أن الحقَّ هو المصلحة التي يخولها القانون لشخصٍ طبيعيٍّ أو معنويٍّ.

وإذ جاءت النصوص الشرعية والقانونية لحماية المصالح وضبط الحقوق

---

(٢٣) الموافقات (٢/ ٣١٧).

(٢٤) كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري (٤/ ١٣٤) وما بعدها، وتيسير التحرير لأمير بادشاه (٢/ ١٧٤). وانظر: الأحكام السلطانية للماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (بدون تاريخ نشر)، ص٢٤٣؛ والأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء، صحَّحه وعلَّق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م)، ص٢٨٧.

بإسنادها إلى أصحابها المختصين بها، فإن الواجب ألّا يكرَّ تفسير هذه النصوص على المصالح المعتبرة والحقوق المحمية لأصابها بالبطلان أو بالنقصان. من ذلك أن السجن أو المصادرة للأموال أو حجزها عن حقّ أصحابها في التصرف عقوباتٌ مشروعة لحماية مصالح المجتمع، غير أن في فرض أيٍّ منها على متهمٍ دون مسوّغٍ مشروعٍ مما يهدِّد قيام هذه الحقوق في أصل وجودها، ويكرُّ عليها بالانتقاص منها.

ثانيًا: التفسير القانوني للنصوص الجنائية والمدنية

(أ) تفسير النصوص الجنائية

(١) تقديم:

الهدف من تفسير النصوص التشريعية هو التعرف إلى مقصود الشارع، وإعمال إرادته، مما قد يقتضي التوقف عند المعنى اللغوي للنصوص، أو إعمال ما تفيده عبارة النصّ أحيانًا، أو التوسُّع في التفسير وإعمال سائر الدلالات المختلفة. وإذا كان الحذر والتأنِّي هو الواجب في فهم النصوص التشريعية بوجه العموم، فإن الحذر المطلوب في تفسير النصوص الجنائية أشدُّ، لإيجابه التضييق في تفسير معانيها والبُعْد بها عن التوسُّع في هذا التفسير الذي قد يؤدي إلى إنزال العقاب بالأبرياء، وظلم ذويهم، وإشاعة الكدر والضيق في المجتمع. والواجب هو تحقيق التوازن في الحقوق والمصالح بين حقوق العباد (المتهمين بارتكاب جرائم)، وحقوق الله في الاصطلاح الأصولي، أو المجتمع.

وإذ يتقيد القاضي الجنائي بمبدأي المساواة بين الرفيع القدر وغيره، وشرعية الجرائم والعقوبات المقررة في الشرع الإسلامي وفي النُّظم القانونية المتطورة جميعها، فإن عليه أن يواجه النصوص بحيادٍ واستقلالٍ ونزاهةٍ لحفظ هذا التوازن، كما أن عليه أن يطبق الإجراءات الجنائية السليمة لإسناد الجرم إلى مرتكبه.

وهذا هو ما يبدو من ملاحظة تاريخ التشريع الجنائي الإسلامي الذي تأسَّس من ضرورات حاجة الدولة الإسلامية إليه لحفظ الأمن والسلام الاجتماعي فيما يبدو من إسهام «**السياسة الشرعية**»، ومن تفسيرات الفقهاء للنصوص الشرعية.

ويبدو التزاوج بين هذين المصدرين جليًّا في القوانين الجنائية العثمانية التي أصدرها كلٌّ من محمد الفاتح وسليمان القانوني وغيرهما من سلاطين الدولة العثمانية، ومن قوانين نامه وقوانين الفلاح وقوانين السياسة التي صدرت في مصر على ما تقدَّم. وبدهيٌّ أن الدولة تحتاج أولَ ما تحتاج إلى نظامٍ ماليٍّ يضبط دخلها وخرجها، ونظامٍ جنائيٍّ يحفظ أمنها وسلامها، والحقوقَ العامَّة لمجتمعها والخاصَّة لمواطنيها، فيما يستخلصه المستشار بدر المنياوي من اتجاهات محكمة النقض المصرية التي قررت وجوب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقَّة في ذلك، وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل، كما أكَّدت أنه لا يجوز التوسُّع في التفسير في مجال التأثيم، وأنه إذا جاء النصُّ العقابيُّ ناقصًا أو غامضًا فينبغي أن يُفسَّر لصالح المتهم.

لكن لا يعني وجوب المزيد من الحذر والتأنِّي في تفسير النصوص الجنائية إمكان التساهل في تفسير النصوص الأخرى، أو جواز تحميلها فوق ما تحتمل، كما لا يعني أن هذا الحذر الذي التزمته هذه المحكمة في تفسير النصوص الجنائية قد قعد بها عن مراعاة المصلحة الاجتماعية أو أنها انحازت إلى مصلحة المتهم. وفيما يلي تفصيل قواعد تفسير النصوص الجنائي طبقًا للتناول الفقهي.

(٢) قاعدة الشرعية:

مفاد هذه القاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصٍّ شرعيٍّ. ويدلُّ على اعتبار النظام الشرعي الإسلامي هذه القاعدة قبل غيره من النُّظم هذه النصوص العديدة التي ساقها عبد القادر عودة من القرآن والسُّنة، وتلك القواعد الفقهية الحاسمة في الدلالة على هذه القاعدة، وأجتزئ بذكر بعض تلك القواعد الفقهية الواضحة الدلالة في تحديد موقف هذا النظام من تلك القاعدة فيما يلي:

أ - لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النصِّ.

ب - الأصل في الأفعال الإباحة، والأصل افتراض البراءة ما لم يثبت

العكس. ويقابل هذه القاعدة في القانون الأنجلوسكسوني (The presumption of innocence)، وأصلها اللاتيني: (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)، بمعنى أن عبء الإثبات إنما يقع على الموجب لا على المنكر.

ج - لا يُكلَّف شرعًا إلا من كان قادرًا على فهم التكليف، أهلًا لما كُلِّف به، ولا يُكلَّف شرعًا إلا بفعلٍ ممكنٍ مقدور للمكلَّف، ومعلوم علمًا يحمله على امتثاله[٢٥].

ومفاد هذه القواعد مجتمعة أن الأفعال والتروك على الإباحة إلى أن يرد النصُّ بإيجابها أو تحريمها شريطة استجماع أهليَّة التكليف بالقدرة على فهم التكليف، والعلم به وبكيفيات الامتثال، وتوافر الاستطاعة.

ولم يكتفِ عبد القادر عودة في استدلاله على استناد النظام الجنائي الإسلامي إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بذكر النصوص الشرعية والقواعد الفقهية، وإنما استطرد إلى البرهنة على سيطرة هذا المبدأ في جرائم الحدود والقصاص والتعزيرات، والعقوبات عليها[٢٦]. وينتهي من هذا التحليل الشامل إلى الاعتراف الكامل والواضح بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في النظام الجنائي الإسلامي.

ويظهر هذا المبدأ في التعليل الفقهي لعدم العقوبة في ارتكاب بعض المحرمات بعدم وجود نصٍّ يوجب التجريم والعقاب. من ذلك أن التعامل بالربا محرَّمٌ شرعًا بالنصوص القطعيَّة الثبوت والدلالة، والجزاء الذي رتَّبه الفقهاء على التعامل به هو فساد التعاقد عند الأحناف، أو بطلانه عند الجمهور، ليُحرم الدائن في كلا الرأيين من الحقِّ في الذهاب إلى المحكمة لإجبار المدين على دفع الفائدة الربوية. وأدى التمسُّك الحرفي من الفقهاء بقاعدة الشرعية - فضلًا عن الجمود في وسائل الإثبات - إلى عجزهم عن ملاحقة التطورات الاجتماعية، وتركهم الأمر في ذلك إلى ممثلي السياسة من الولاة والسلاطين والمشرِّعين وقضاة محاكم المظالم.

---

(٢٥) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، (١/١١٦).

(٢٦) نفسه (١/ ١٢٠) وما بعدها.

ومن أهم قسمات النظام الجنائي العثماني الموثق بوضوحٍ تامٍّ: الحرص على تحديد العلاقة بين اختصاصات قضاة الشرع وولاة السياسة الذين تطلق عليهم الوثائق اصطلاح «أهل العرف» في كثيرٍ من الأحوال؛ إذ تضمَّنت المادة (١١٦) من القانون الجنائي العثماني الذي أصدره سليمان القانوني النصَّ على أنه: «يتعيَّن على أهل العرف ألَّا يحبسوا أحدًا أو يؤذوه دون إذنِ القاضي»، وكان يحقُّ للقاضي فيما سنَّته هذه المادة أن يأمر بالإفراج عن الشخص الذي اعتقلوه دون مبرِّر، وبردِّ الغرامات التي حصلوها منه دون وجه حقٍّ. وتوجب المادة السابقة على هذه المادة أنه: «لا يحقُّ لأهل العرف التعرض للشخص أو تغريمه إذا لم يثبت عليه شيء بمقتضى أحكام الشريعة».

ولم يكن يحقُّ لأهل السياسة سجن المتهمين أو تعذيبهم للحصول على اعترافاتهم إلَّا إذا قامت قرائنُ قوية على إجرامهم، وكان القاضي هو الذي يقرِّر مدى كفاية هذه القرائن. وهذا هو مقصود الإفادات الموجودة في سجلات المحاكم الشرعية، والتي كان يطلبها البعض من القاضي لإثبات حسن سلوكهم بما يمنع أهل العرف عنهم؛ إذ كثيرًا ما كان يمتنع على أهل العرف القبض على أحدٍ ما لم يكن مسجلًا في سجلات المحاكم ضمن قوائم المشتبه في سلوكهم(٢٧).

وتكشف الدراسة الجيدة التي عقدها أنور سالم - بإشرافي - لأحكام محاكم الشرع والسياسة في جرائم العدوان على البدن الإنساني قبل استمداد القوانين الغربية الأصل عام (١٨٨٣م)، تكشف نهوض محاكم السياسة في مصر بإعادة النظر في القضايا التي تختصُّ بنظرها، طبقًا لقوانين السياسة.

ويبدو انضباط العلاقة بين محاكم الشرع والسياسة من قضية حواء بنت علي شلبي ضد كلٍّ من حسين بن محمد وزوجته عائشة بنت مصطفى التي ترجع

---

(٢٧) رودلف بيترز، الجريمة والعقاب في الشريعة، ترجمة: محمد سعد كامل، عالم الأدب للترجمة والنشر، (٢٠١٨م)، ص١٢٠ وما بعدها. ومن هذه الإفادات التي ذكرها بيترز أن رئيس العسكر في سالونيكا أراد إجبار شخص اسمه «نيكو» على دفع غرامة مالية بتلفيق قضية سرقة له، فذهب «نيكو» إلى المحكمة يطلب منها إفادةً بحسن سلوكه، ليضمن عدم ملاحقة رئيس العسكر بالاتهام الذي يدبره.

إلى شهر مارس (١٧٣٦م). وقد اتهمت حواء كلًّا من حسين وزوجته بسرقة أموالها وجواهرها بعد العثور بمنزلهما على بعض أشيائها المسروقة. وشهد شاهدان بأنهما لا علم لهما بالسرقة، وإن كانا يشهدان بأن الأشياء المضبوطة ملكُ السيدة حواء، فقضت المحكمة بإعادة المسروقات إلى صاحبتها، ولم توقع عقابًا على المتهمين لعدم ثبوت السرقة. لكن أتت للقاضي نفسه قضية جديدة تقدَّم فيها حسين شلبي وزوجته عتيقة ضد المدعى عليهما نفسيهما بما يفيد قيامهما بسرقة الأمتعة الخاصَّة بالمدعيين، والعثور على بعض هذه الأمتعة بمنزل المدعى عليهما اللذين أنكرا ملكيَّة المدعيين للأمتعة المضبوطة، وأنهما اشترياها منذ مدَّة. لكن تأكَّد القاضي من شهادة الشاهدين اللذين أتيا إلى المحكمة أن الأمتعة ملكُ للمدعيين، فاكتفى بالحكم بردِّ المسروقات دون عقاب، وسلَّمهما لأهل العرف بعد أمره بالتحري عن أخلاقهما. وإذ بانَ من أقوال سبعة من جيرانهما سوءُ سلوكهما، وتعديهما على الجيران مرارًا، فقد حكم القاضي بعد النظر في فتوى استصدرها المدعيان الأخيران بتسليمهما إلى أهل العرف لتحديد عقوبتهما.

وتكْمُن أهمية هذه القضية - في تعليق رودلف بيترز عليها - في: «أنها تبيِّن الالتزام التامَّ بأحكام الشريعة، وحسن التجهيز للمحاكمات في محاكم القضاة»[٢٨]، وانضباط إجراءات المحاكمة، ومعرفة كل طرفٍ ما يلزمه أن يفعل لتأكيد موقفه، وحضور الأطراف جميعهم، وامتثال الشهود للحضور، ودقَّة شهادتهم، واستجابة المفتي في الوقت المحدَّد، وانتظار أهل العرف لدورهم والتنسيق الكامل بين هذه الدوائر المختلفة، مما يجدر وضعه في الاعتبار عند قراءة ما يؤكِّده شاخت من تفوُّق النظام القانوني الإسلامي على غيره من النُّظم الأوروبية في هذه الأثناء.

ولا يعني ذلك إسباغ صفة الكمال في التعبير عن النظام التشريعي الجنائي الإسلامي؛ إذ احتوى على بعض العقوبات التي لا أصل لها في الفقه، مثل: قطع الذكر في اختطاف أنثى، وكيّ الفرج إن وافقت على الجريمة.

---

(٢٨) الجريمة والعقاب في الشريعة، ص١٣٦.

وإذا كان مقتضى قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أن على القاضي والفقيه والمشرِّع أن يتقيَّدوا بالنصوص الشرعية، فإن ملاحقة التطوُّر أمرٌ لا غنى عنه للنظام القانوني الإسلامي المفترض استمرار تطبيقه عبر العصور والأزمان. وهذ هو ما قدَّمته السياسة الشرعية للنظام الجنائي الإسلامي الذي قبِل منها الفقهاء ما يحقِّق المصالح الاجتماعية المتطورة وَفْقَ مبادئ العدل والتناسب بين الجريمة والعقوبة ومرونة وسائل الإثبات. ومن ذلك قانون نامه مصر الذي أصدره السلطان العثماني سليم الأول عام (٩٣١هـ/ ١٥٢٥م) الذي تُرجم إلى العربية عام (١٩٨٦م) على يد أحمد فؤاد متولي، بجامعة عين شمس، على حين قام عمر برقان بنشر النسخة الأصلية التركية ضمن كتابه: «النُّظم الزراعية والاقتصادية والقانونية والمالية في الإمبراطورية العثمانية في القرنين الخامس عشر والسادس عشر».

(٣) درء العقوبة بالشبهة:

الشبهة من الاشتباه والغفلة وعدم الوضوح والتعارض. وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: «هي ما يشبه الثابت وليس بثابت»[٢٩]. ويميِّز الفقهاء بين أنواعٍ متعدِّدة من الشبهات من بينها:

أ - **الشبهة الحكمية، أو شبهة المحل أو المِلك**: وتعني هذه الشبهة وجود ما يدلُّ على الحلِّ والحرمة كمَنْ يأخذ مال غيره بظنّ أنه ماله، وكمَنْ يأخذ مالًا مشتركًا[٣٠]. ومن شبهة المِلك أخذ الزوجة من مال الزوج، والأب من مال الابن. وقد تتعلَّق مثل هذه الشبهة في بعض الأحوال التي يحتمل فيها الجهل بأحكام الشرع في الأمور التي تختلف فيه الديانات والقوانين، كمَنْ يجهل حرمة شرب الخمر والعقاب عليه، إذا كان حديثَ عهدٍ بالإسلام أو بالحياة في البيئات الإسلامية.

---

(٢٩) شرح فتح القدير (٤/ ١٤٠).

(٣٠) حاشية ابن عابدين (٣/ ١٥١) وما بعدها، والإقناع (٢/ ٨١)، والاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٠).

ب - **شبهة الفعل أو الاشتباه**: وتختصُّ هذه الشبهة بوقوعها في ظنِّ الفاعل، واحتمال وقوع الالتباس في إقدامه على الفعل، كوطء معتدَّته من طلاقٍ بائن، وأخذ حيوانٍ ضالٍّ يظنُّ ألَّا مالك له، أو البناء على أرضٍ حازها من مورثه، ولم تكن من ممتلكاته فيما ثبت بعد وقتٍ طويل.

ج - **شبهة الاختلاف في الاستدلال والتفسير بين الفقهاء**: وهي شبهة الطريق عند الشافعية، كالخلاف في نكاح المتعة والزواج بدون وليٍّ.

د - **شبهة العقد فيما أضافه الأحناف**: كاستئجار امرأة للزنا بها؛ فإن وجود العقد في حدِّ ذاته مما يورث الشبهة كذلك. وقد يلتحق به الاتفاق على القتل الرحيم، والرياشات الخطرة.

هـ - **الشبهة في الإثبات** بسبب التناقض في أقوال الشهود، أو الخلاف في التفاصيل الأساسية للواقعة التي يشهدون عليها، أو الرجوع في الإقرار، أو عدم اطمئنان القاضي إلى تثبُّت أيٍّ منهم، أو رجوع المُقرِّ عن إقراره.

وإذ توجب هذه الشبهات في المجال الجنائي البراءة من استحقاق العقوبة أحيانًا أو اعتبارها ظرفًا مخفِّفًا للنزول بالعقوبة عن حدِّها الأقصى إلى ما هو أقل، فإن القاعدة المذكورة تقضي لهذا بوجوب تفسير الشكِّ لمصلحة المتهم، على النحو الذي يمكن أن يقارن بما في النُّظم القانونية المعاصرة. وقد كشفت الدراسة المفصلة التي عقدتها انتصار رب بعنوان: (Doubt in Islamic Law: A History of Legal Maxims, Interpretation, and Islamic Criminal Law) عن عمق تأصُّل هذا المبدأ في التفكير الجنائي الإسلامي. ومن القضايا التي توضِّح معنى الشبهة وأثرها قضية القصَّاب الذي وجِد في خربة، ومعه سكين عليه آثار دماء، إلى جوار قتيل تسيل دماؤه. وقد حاول القصَّاب الهربَ عند رؤيته من يدنو من الخربة، فأمسك به الناس، وانتهى به الأمر إلى علي بن أبي طالب. وأقرَّ القصَّاب بالقتل عندما تيقَّن أن الأدلَّة جميعها ضده، فكاد عليٌّ أن يحكم بقتله لولا أن قدَّم إليه المحققون شخصًا آخر يقرُّ بالقتل، فخلى عليٌّ سبيلَ كلا المتهمين للشكِّ في كفاءة التحقيقات.

وهذا النظام الذي يدرأ العقوبة بالشبهة نظامٌ بالغ الدقَّة والإنسانية لا

يتشوَّف للعقاب، ولا يبادر المتهم بالانتقام منه ما وجد إلى ذلك سبيلًا؛ وإنما يبحث له عن مخارج قد تحمل تصرفاته على محملٍ آخر غير القصد إلى الإجرام والتعدي.

وقد وجدت هذه القاعدة نوعًا من الاعتراف بها في القرن السادس ضمن مختارات جوستنيان (Digest of Justinian) ولفظها: (Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negats)، ومعناها أن البيِّنة على المدَّعي، لا على من ينكر. وطور النظام القانوني الإسلامي هذه القاعدة تطويرًا أثَّر كثيرًا في العمل القضائي في أرجاء الدول الإسلامية في الوقت الذي سيطر فيه الإقطاع في الغرب الأوروبي، لتغيب هذه القاعدة، ويصبح المتهم مدانًا، إلَّا أن يأتي باثني عشر شاهدًا لإثبات براءته، وهو أمر لم يكن ميسرًا في ظلِّ سيطرة الإقطاعي، وخوف الشهود من مناقضته.

ثم عادت هذه القاعدة إلى الاعتراف بها في القرن الثامن عشر لتصبح أخيرًا أصلًا من أصول المحاكمة في العالم، وحقًّا أساسيًّا من حقوق المتهم فيما نصَّت عليه المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة، مما يجدر معه الالتفات إلى تأكيد السياسات العملية التي تلزم لإعمال هذا المبدأ وتطبيقه بجديَّة في العالم العربي والإسلامي، لإنهاء ازدواجية الاعتراف النظري به وتجاهله في الواقع العملي.

وإنما نشأت هذه الازدواجية لأسبابٍ تاريخية وسياسية بالغة التعقيد؛ إذ ورث هذا العالم من عهود الاستعمار سياساتٍ عقابية بائسة تقوم على التنكيل بالمتهمين، والانتقاص من قدراتهم الدفاعية، والتضييق عليهم في التحقيق، وأخذهم بمجرَّد الشبهة، والتقارير الإدارية، مما يؤدي إلى حلم المحكوم عليه بالسجن بالهروب من محبسه - كما في بعض الأفلام المصرية - ليتمكَّن من جمع أدلَّة براءته. وما أكثر المظاليم في السجون، طبقًا للقول الشائع.

(٤) الخطأ في العفو خَيْرٌ من الخطأ في العقوبة:

تماثل هذه القاعدة في القانون الإنجليزي (Let hundred guilty be

(acquitted but one innocent should not be convicted'، ومفادها أن إطلاق سراح مائة مذنب خَيْرٌ من إدانة بريء واحد. والصيغة التي اختارها وليام بلاكستون الفقيه الإنجليزي (ت: ١٧٨٠) لهذه القاعدة هي: (It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer)[٣١]، مما قد يقترب أكثر من نصِّ القاعدة الفقهية: «ادرأوا الحدود ما استطعتم، ولأن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة». ويعني هذا المبدأ أنه لا يصحُّ الحكم بالعقوبة إلَّا بعد التثبُّت من الوقائع المادية المكوِّنة للجريمة، وانطباق النص الجنائي، وصدورها من الجاني، واستحقاقه العقوبة المنصوص عليها، وانتفاء الأعذار والشُّبه في هذه العناصر كلِّها.

فإذا قام شكٌّ في أيٍّ من ذلك وجب العفو عن المتهم، ولو كان هناك ما يدلُّ على احتمالات إسناد الجريمة إليه، منعًا من الوقوع في الظلم. وإنما تعمل هذه القواعد على الموازنة بين حقوق الأفراد واتجاهات الدولة الحديثة إلى ضبط السلوك العام عن طريق الأجهزة القضائية والتنفيذية.

ويمكن القول دون مبالغة بأن فعالية الشبهة، والاستعداد لتحمُّل الخطأ الأكبر في إطلاق سراح متهمين من المحتمل إدانتهم على احتمال إدانة بريء واحد، من أهم ما يميِّز النظام الجنائي الإسلامي بوجه العموم عن غيره.

(٥) حقُّ رفع الدعوى الجنائية:

اتجهت الدول الحديثة إلى الأخذ بنظام الادعاء العام في تحريك الدعوى الجنائية، بمعنى أن المجتمع عن طريق النائب العام عنه هو الذي يحقُّ له رفع الدعوى الجنائية، بخلاف النظام الجنائي الفقهي الذي كان يمنح هذا الحقَّ في الجرائم غير الحديَّة للمجني عليه أو ورثته الذين ينوبون عنه، مما كان له أثره في تحريك الدعوى أو وقفها بالصلح، وتعويض المجني عليه عن الضرر الذي

---

(٣١) يشار في العادة إلى أن بلاكستون هو صاحب هذه الصيغة، لكنها انتقلت إلى التفكير القانوني الغربي قبله عن طريق موسى بن ميمون المتأثر بالثقافة الإسلامية (Maimonides, Sefer Hamitzvot [Book of the Commandments], commentary on Negative Commandment 290).

لحق به. ويتمُّ هذا الصلح في الغالب بعد فهم كلٍّ من الطرفين موقفه القانوني والنتائج البديلة المترتبة على السَّيْر في إجراءات المحاكمة، والتفسير الخاص الذي يحاول كلٌّ من الطرفين إقناع الآخر به.

وقد أخذ النظام الجنائي السياسي في الانتقاص من حقوق المجني عليه أو ورثته في تحريك الدعوى، والحلول محله في الجرائم الخطيرة الماسَّة بحقوق المجتمع، أو في بعض جرائم الحدود التي فقدت بعض شروط إقامتها، على النحو الذي يمكن تلمُّسه في الدراسات التي انعقدت للنظام الجنائي العثماني، ومن أهمها تلك التي قدَّمها إرييل هيد[٣٢].

ويؤدي هذا الانتقال إلى تأثيرٍ بعيد المدى في اتجاهات تفسير النصوص المتعلِّقة بالجرائم التي انتقلت فيها سلطة تحريك الدعوى إلى الادعاء العام، وأهمها جرائم القتل والإيذاء البدني.

أما الجرائم الماسَّة بأمن المجتمع، فقد كانت في أيدي مؤسسات السياسة الشرعية، كما كان القاضي يلجأ أحيانًا إلى المفتين ورجال الإدارة العليا للاستعانة بمشورتهم في القضايا التي يستشعر حرجًا في حكمه فيها. من ذلك قضية «صبي أمرد، يُسمَّى مصطفى ضد أربعة رجال اغتصبوه ليلًا، وهو في طريقه ليتفقَّد حصانه، وقد أقرَّ أربعة منهم حضروا المحاكمة بفعلتهم، واعترفوا على آخر غائبٍ بمشاركتهم. وإذ أدرك القاضي الحكم الواجب، وهو قتل الأربعة، فقد أجَّل إصدار الحكم إلى جلسةٍ أخرى تالية. وقد استحضر القاضي في جلسة الحكم كلًّا من والي البلدة، وأعيان العلماء، وكبراء المنطقة، وبعض الجمهور، ليستعيد القاضي إيجاز وقائع القضية، واستجواب المتهمين الذين اعترفوا بجرمهم دون تعرضهم لأيِّ إكراه، وليحكم القاضي بقتل الأربعة جميعهم»[٣٣].

وتدلُّ هذه القضية بوضوحٍ على مدى سعي القضاة إلى التثبُّت في القضايا التي يحكم فيها بالأحكام الغليظة.

---

(٣٢) Uriel Heyd *Studies in old Ottoman criminal law. Edited by V. L. Ménage.* Oxford, Clarendon Press. 1973.

(٣٣) رودلف بيترز، الجريمة والعقاب في الشريعة، ص١٣٢.

(٦) الأعذار وموانع العقاب:

تعني الأعذار تلك الأسباب التي تؤدي إلى الإعفاء من العقاب رغم توافر أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها[٣٤]. ويؤثر اعتبار الأعذار في فهم النصوص الجنائية والحكم بالعقوبة. وقد يوضِّح ذلك فتوى أبي السعود في امرأة طلقها زوجها ثلاثًا، وأراد أن يجامعها، فمنعت نفسها منه، وهو يجبرها، ولا تستطيع إثبات الطلاق، فإن وضعت له السُّم في طعامه فلا إثم عليها، ولا دية له. ويلتحق بذلك أن الرجل إذا وجد زوجته أو واحدةً من أهله متلبِّسة مع رجل بالزنا فقتلهما فلا شيء عليه؛ إذ لم يكن سبيل سوى ذلك لإنهاء الجريمة. لكن إثبات ظروف القتل لن يكون ميسرًا؛ إذ تلزمه شهادة عدلين عند الجمهور، أو أربعة عدولٍ عند الأحناف والشيعة للإفلات من عقوبة القصاص[٣٥] والأعذار التي تمنع العقاب عديدة، من بينها:

أ - صغر السِّن، وأقصى سنِّ البلوغ عند الأحناف والشافعية والحنابلة خمس عشرة سنةً للذكر والأنثى، وعند المالكية ثماني عشرة سنةً للذكر والأنثى كذلك.

ب - الجنون والعته، وهو ما جاءت به المادة (٦٢) من قانون العقوبات المصري التي تنصُّ على أنه: «لا عقاب على من يكون فاقد الشعور والإدراك في عمله وقت ارتكاب الفعل لجنونٍ أو عاهةٍ في العقل».

ج - السُّكْر الناشئ عن تناول عقاقير مخدِّرة أو مُسْكِرة مكرهًا أو غير عالمٍ بحقيقة أمرها، لا يكون مسؤولًا عن الجرائم التي وقعت منه وهو تحت تأثيرها، طبقًا لما جاءت به المادة (٦٢) من قانون العقوبات المصري.

د - الإكراه على جريمةٍ ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم، ولم يكن لإرادته دخلٌ في حدوثه، ولا في قدرته منعه، طبقًا لما جاء في المادة (٦١) من قانون العقوبات المصري.

---

(٣٤) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام: النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبات والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٨٢م)، ص٧٩٣ وما بعدها.

(٣٥) رودلف بيترز، الجريمة والعقاب في الشريعة، ص٦٣.

هـ - التخلِّي عن الاستمرار في الجريمة، أو التوبة قبل القدرة.

دلَّت نصوص الشريعة على أن للتوبة عن ارتكاب الجريمة أثرها في تخفيف العقاب أو إسقاطه. والأصل في ذلك قوله تعالى في آيتي الحرابة: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ﴾ [المائدة: ٣٨]؛ ذلك أن الشرع لا يتشوَّف للعقاب، ولا يلجأ إليه إلا لضرورة إصلاح سلوك الجاني ومواجهة حالته الإجرامية، وتنتفي هذه الضرورة بالتوبة وصلاح الحال. وقد يدلُّ على هذه التوبة إبلاغُ الجاني السلطات المختصَّة بالجريمة لإضعاف آثارها ومواجهة الأضرار الناتجة عنها.

وقد يلتحق بذلك ما قررته المادة (٢٠٥) عقوبات مصري من الإعفاء «من العقوبات المقرَّرة في المادتين (٢٠٢-٢٠٣) كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بتلك الجنايات قبل استعمال العملة المقلَّدة أو المزوَّرة، وقبل الشروع في التحقيق. ويجوز للمحكمة إعفاء الجاني من العقوبة إذا حصل الإخبار بعد الشروع في التحقيق متى مكَّن السلطات من القبض على غيره من مرتكبي الجريمة، أو على مرتكبي جريمةٍ أخرى مماثلة في النوع والخطورة». والذي يجب أن يفيده هذا النصُّ هو تمتُّع الجاني بالحقِّ في الإعفاء إذا حصل الإخبار قبل تولُّد الأضرار الناشئة عن الجريمة، وهو استعمال العُملة المزوَّرة هنا، أو قبل التحقيق، بما يساعد على تقليل هذه الأضرار، أو بعد التحقيق بمعناه الواسع إن ساعد الإخبار على تقليل هذه الأضرار كذلك[٣٦].

ولا اختلاف بين الفقه والقانون المصري في الاعتراف بهذه الأعذار. وهذه الأعذار المانعة من العقاب شخصية، يقتصر أثرها على مَنْ توافرت فيه، دون غيره من المساهمين في الجريمة[٣٧]. كما أنه لا يجوز التوسُّع في هذه الأعذار بطريق القياس، بحكم تحديد هذه الأعذار في الشرع لعللٍ محدَّدة، تتمثَّل في نقص الإدراك والاختيار، مما يمنع كمال القصد إلى ارتكاب الجريمة.

---

(٣٦) الطعن رقم (١١٥٤)، ٨١ق، بتاريخ (٤/ ٤/ ٢٠١٢م).

(٣٧) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، ص٧٩٣.

(٧) أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:

تعني أسباب الإباحة الصفات أو الظروف التي تنفي صفة الفعل الإجرامية؛ إمَّا لكونه استعمالًا لحقٍّ أباحه الشارع، وإمَّا أداء لواجب. وأسباب الإباحة عديدة، من بينها:

أ - استعمال حقٍّ مقرَّر في الشريعة:

وهو ما نصَّت عليه المادة الستون من قانون العقوبات المصري، إذا كان ارتكاب: «الفعل بنيَّة سليمة» على ما تقدَّم من الإشارة إلى حقِّ الزوج في تأديب زوجته. وهذا الحقُّ على ما قررته محكمة النقض مقيَّدٌ بما يتفق مع التفسير الفقهي لقوله تعالى: ﴿وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ﴾ بالاضطرار إليه، وأن يكون خفيفًا لا فاحشًا، ولو كان ذلك بحقٍّ. وحدُّ الفاحش التأثير في الجسم، أو تغيُّر لون الجلد[٣٨]. والأصل في ذلك ما روي من قوله ﷺ: «إن لكم عليهنَّ ألَّا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أحدًا تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهنَّ ضربًا غير مبرح». ورغم غموض هذه المادة الناشئ من إيراد لفظٍ عامٍّ، هو «حق مقرر في الشريعة»، والمقصود الخصوص، وهو حق تأديب الزوجة؛ فإنها بصياغتها هذه قد توخَّت الاعتراف ضمن أسباب الإباحة بأي حقٍّ آخر أقرته الشريعة.

ب - الدفاع عن النَّفْسِ أو الغير:

يعني هذا الحق اتقاء شرِّ الصائل بما يدفع صيالَه دون تجاوز في ذلك، شريطة أن يكون الخطر حالًا، وألَّا يمكن دفعه بأهونَ مما دفعه به. وقد أكَّدت محكمة النقض المصرية في حكمٍ حديثٍ لها أن التمسُّك بقيام حالة الدفاع الشرعي عن النفس هو دفاع جوهريٌّ، لا يشترط إيراده بصريح لفظه وعبارته المألوفة، وأن إغفال المحكمة التعرض له أو الرد عليه هو قصور في الحكم[٣٩]. وقد يوضِّحه حكم محكمة النقض أنه إذا حدث تشاجر بين فريقين،

---

(٣٨) الطعن رقم (٤٨١٨)، ٨٠ق، بتاريخ (١٢/١٢/٢٠١١م).

(٣٩) الطعن رقم (٣٣١٩٤)، لسنة ٨٦ قضائية، جلسة (٤/١١/٢٠١٧م). وانظر: «حق الدفاع الشرعي» في: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، (١/٤٧٣) وما بعدها.

فإن كان أحدهما هو الذي بدأ العدوان، والفريق الآخر هو الذي ردَّ، فتصدق في حقِّه حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال. وقد ينشأ هذا الحقُّ دون حدوث إصاباتٍ أو جراح، إذا حدث التعدي بصورةٍ يخشى منها المصولُ عليه تلفَ النفس أو المال[٤٠]. أما في الفقه، فيرى الأحناف الدفاع عن النفس واجبًا، وهو الراجح عند المالكية والشافعية، خلافًا للحنابلة الذين يرونه جائزًا أو مباحًا، وهو الراجح في النظر إلى حكم الدفاع عن المال[٤١]. وتنشأ حالة الدفاع الشرعي بالشروط التالية:

- قيام أسبابٍ معقولة تسوِّغ اعتقاد الصائل بوجود خطر حقيقيٍّ حال وجسيم يهدِّده في نفسه أو ماله، حتى ولو لم يكن هذا الاعتقاد حقيقيًّا.

- دفع الصائل بالأهون فالأهون، وليس له أن يقتله إن أمكن دفعه بما هو أهون، كالجرح مثلًا أو بالهرب والالتجاء إلى حصنٍ أو بيتٍ يمنعه منه. وإلَّا كان له أن يقتله متعمدًا. ولا ينتفي الحقُّ في الدفاع الشرعي بإقدام المدافع على قتل الصائل والقصد إليه إذا قام في نفسه أنه السبيلُ أمامه لدفع خطره.

- عدم تجاوز الحقِّ في الدفاع الشرعي، مما يعني وجوب التناسب بين العدوان ودفعه[٤٢]. فإن كان التجاوز واضحًا وغير مقبولٍ بعد ثبوت حالة قيام الحقِّ في الدفاع الشرعي، وجب تخفيف العقوبة. من ذلك قضية سائق جمل مَرَّ بأرض غيره دون رضا صاحب الأرض، وحدثت مناقشةٌ بين الرجلين تطورت إلى مشاجرةٍ ضرب فيها صاحب الأرض السائقَ بفأسٍ كان يحملها، فسقط حقُّه في الدفاع الشرعي بهذا التجاوز[٤٣].

وقد نظَّم قانون العقوبات المصري حقَّ الدفاع الشرعي عن النفس في المواد (٢٤٥-٢٤٩)، بما لا يخرج عمَّا تناوله الفقه الإسلامي.

---

(٤٠) الطعن رقم (١١٥٨)، لسنة١٩ق، بتاريخ (٦/ ٢/ ١٩٥٠م).

(٤١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٨١)، ومواهب الجليل للحطاب (٦/ ٣٢٣)، وتحفة المحتاج (٤/ ١٢٤)، والإقناع (٤/ ٢٩٠).

(٤٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٥١)، والمغني لابن قدامة (٨/ ٣٢٨)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٧).

(٤٣) الطعن رقم (٣٩٨)، سنة٢٢ق، بتاريخ (١٢/ ٥/ ١٩٥٢م).

ج - تأديب الصغار بما يفيدهم ويمنع الضرر عنهم:

والشرط في ذلك أن تكون المصلحة المتوقعة للصغير أكبرَ من الضرر الذي يلحقه بالتأديب بدنيًّا أو نفسيًّا. وتثبت ولاية تأديب الصغار للأولياء ولاية خاصَّة، أبًا كان أو جدًّا، أو وصيًّا أو قيمًا من قِبل القاضي، وللمعلِّم على التلميذ بإذن الوليِّ(٤٤).

د - إباحة التطبيب:

الاشتغال بالطبِّ لمداواة المرضى والعناية بالصحَّة العامَّة فرضٌ على الكفاية، إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين. ولذا فإن ممارسة الطبيب لعمله أداء واجب لا يتقيَّد بوصف السلامة طبقًا للقاعدة الفقهية، وإنما عليه أن يبذل العناية اللازمة بعد أن يكون مأذونًا له في ممارسة المهنة التي يُمنَع عنها الجهلة الذين قد يؤذون الناس. ولذا فإنه لا يسأل عن عمله إذا أخطأ، إلا إذا كان خطؤه فاحشًا لا تقره أصول المهنة. ومن القضايا المشهورة في ذلك: القضية التي أفتى فيها الفقيه الحلواني، وخلاصة وقائع هذه القضية أن صبية سقطت من سطحٍ فانتفخ رأسها، فقال كثيرٌ من الجراحين: إن شققتم رأسها تموت، وقال آخرٍ: إن لم تشقوه اليومَ تموت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقَّه فماتت بعد يومٍ أو يومين. وقد أجاب الحلواني بأن لا شيء عليه، ما دام الشقُّ بإذنٍ، ولَم يكن فاحشًا خارج الرسم، بمعنى الموافقة لأصول المهنة. وإنما يضمن بمخالفته أصول المهنة وخطئه لا بمخالفته تعهده بنجاح العملية(٤٥)، بحكم أن مسؤولية الطبيب مسؤوليةٌ تقصيرية لا عقدية(٤٦).

(٨) إعمال القياس والتوسُّع في تفسير النصوص الجنائية:

يرى كثيرون من الفقهاء أنه لا يجوز إعمال القياس في الجرائم والعقوبات

(٤٤) مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/ ١٩٣)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ١٨٩)، (٥/ ٣٦٣)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٣١٩)، ومواهب الجليل للحطاب (٤/ ١٥) وما بعدها.

(٤٥) حاشية الطهطاوي (٤/ ٢٧٦)، والتشريع الجنائي لعبد القادر عودة (١/ ٥٢٢).

(٤٦) المادة (١٦٣) مدني مصري.

الحديَّة، على اعتبار كونها من الأمور المقدَّرة في الشرع، فلا تجوز الزيادة عليها بقياسٍ قد يحتمل الخطأ، ويوقع في الشبهة المانعة من العقاب على ما تقدَّم. لكن يرى آخرون أن إعمال القياس في الجرائم والعقوبات مما يلزم واقعًا، لضرورات التصدي لما يُستَحدث من جرائم. وهذا هو ما استندت إليه التشريعات الجنائية العثمانية ومحاكم السياسة، على النحو الذي رأيناه في قضية الصبي مصطفى الذي اغتصبه أربعة من المفسدين في الأرض، بقياس جرمهم على جريمة قطع الطريق.

وقد أدى استخدام القياس في الجرائم إلى تغليظ العقوبات عند تهديد الأمن العام للدولة، بما لا يتناسب مع الجريمة أكثر من ذلك، مما اشتملت عليه التشريعات الجنائية العثمانية. ومع ذلك، يترجَّح تقييد إعمال القياس بقواعد الشبهة، وتفضيل الخطأ في العفو، وتوخي العدل والرحمة، بدل الانتقام. ولهذا يجوز إعمال القياس فيما يتعلَّق بأسباب الإباحة وموانع المسؤولية والإجراءات، بما يحفظ مصالح المتهم الذي قد يكون هو الطرف الأضعف في حقيقة الأمر. وهذا ما تكفَّلت به مؤلفات القسم العام للقانون الجنائي. ويؤكِّد عبد القادر عودة على أن القياس ليس مصدرًا للتشريع الجنائي الإسلامي، وإنما هو منهج تفسيريٌّ يساعد على تحديد مجال عمل النصِّ، وتعيين الأفعال التي تندرج تحته[٤٧].

وقد يوضِّحه حكم محكمة النقض المصرية في تفسير الاختلاس بأنه يشمل نزعَ مال الغير بالقوة، كما يشمل أخذَ هذا المال على وجه الخلسة والتخفي؛ إذ لا فرق بينهما في نيَّة العدوان وتهديد المصلحة الاجتماعية[٤٨]. كما أنها توسَّعت في تفسير اختلاس المنقول (المادة: ٣١١) عقوبات، حتى أصبحت كلمة «منقول» تفيد أي شيء ذي قيمة، فجرَّمت اختلاس التيار الكهربائي واعتبرته سرقةً.

ومع هذا، ينبغي عدم التوسُّع في تفسير النصوص الجنائية، ولو كان

---

(٤٧) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي (١/ ١٨٥).

(٤٨) راجع هذا في: المستشار بدر المنياوي، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، ص٥٥.

بقصد الحفاظ على المصالح الاجتماعية؛ لأن المفترض أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصٍّ من القانون. ولذا فإن المادة (٢٩٢) عقوبات تجرِّم واقعة عدم تسليم أيٍّ من الوالدين ولده الصغير، أو الجدين ولد ولدهما، إلى من له الحقُّ في طلبه، بناءً على قرار قضائيٍّ بشأن حضانته أو حفظه. ولا يمتدُّ الحكم بالتجريم إذا كان الحكم القضائي متعلقًا برؤية الصغير، وليس بالحضانة والحفظ[٤٩].

وخلاصة ذلك أن الواجب هو الحذرُ في تفسير النصوص الجنائية باتباع قاعدة الشرعية في التعزيرات التي هي صلب النظام القانوني الجنائي الإسلامي. ولا تعني هذه القاعدة مجرَّد إثبات التجريم والعقاب والنص في قانونٍ توافق عليه السلطة التشريعية، بل يلزم أن يتفق النصُّ المعاقب مع ما يوجبه العدل والمصالح المتوازنة للفرد والمجتمع، طبقًا لما تفيده عبارات ابن القيم في أن الشريعة عدلٌ كلها ومصلحةٌ كلها، مما أشرنا إليه فيما تقدَّم. ويستوجب هذا الحذر في التفسير إعمال قاعدتي الشبهة وتفضيل الخطأ في العفو، مما يتضمَّن كذلك القصد إلى العقوبة الأخف، والتخلي عن العقوبات الغليظة التي لا تتناسب مع المقاصد العامَّة لهذه القواعد. وقد عمد الفقهاء المسلمون إلى استخلاص بعض القواعد والإجراءات التفصيلية الأخرى الموجبة لتخفيف الجرم والعقوبة.

من ذلك فهم بعض الفقهاء للنتائج المترتبة على التوبة في جرائم الحدود كلِّها، وذهابهم إلى المنع من العقوبة الحديَّة إن تاب الجاني وحسنت توبته. ومن ذلك التصنيف الخماسي للقتل عند الأحناف، وتفريقهم بين العمد وشبه العمد، وإيجابهم القصاص في القتل العمد وحده. وتعريفهم للقتل العمد بأنه هو الذي يتمُّ باستخدام آلة تُحدث التمزيق وتغيِّر هيئة الجسم الإنساني، كالسكين والنار. أما القتل بآلة لا تُحدث ذلك كالعصا الغليظة والحجر الكبير والخنق، فليس من العمد، وإنما هو من شبه العمد الذي لا يستوجب القصاص. ويرى الأحناف أن القتل بالسُّم من قبيل القتل بالتسبُّب الذي لا يوجب القصاص كذلك.

---

(٤٩) علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، ص٥٩.

ولا يبعد مفهوم الحرز في السرقة عن ذلك؛ فإن السرقة الموجبة لعقوبة الحدِّ لا تتحقَّق بمجرَّد أخذ مال الغير، وإنما يجب أن يكون هذا المال في حرزٍ محفوظٍ فيه؛ كالحظيرة للمواشي، والجراج للسيارات، والخزينة للنقود والذهب. ولذا فإن من أخذ حيوانَ الغير أو سيارته من الطريق لا يعاقب بالحدِّ.

والحاصل أن على القاضي أن يستعين بقواعد التفسير الأصولية لاستكناه إرادة الشارع، ومعرفة هذه الإرادة، والوصول إلى قصده، سواء تعلَّق موضوع النصِّ بالمعاملات المدنية أو تعلَّق بالجرائم والعقوبات. لكن إذا كان للقاضي المدني أن يطبِّق هذه القواعد بتوسُّع، وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانًا عند تفسير النصِّ وتطبيقه، فإن القاضي الجنائي مقيَّدٌ بأن يحصر اجتهاده في تفسير النصِّ وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه، وليس له أن يخلق جريمةً أو عقوبةً من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان، ولو كانت الجريمة المعروضة عليه مما ينفر منها الخُلق الفاضل[٥٠].

---

(٥٠) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، (١/ ٢٠٧).

(ب) تفسير النصوص المدنية والإثبات

(١) تقديم :

تهدف قواعد التفسير الجنائية والمدنية إلى تحقيق التوازن المطلوب بين ثبات القاعدة القانونية ومصدريتها التي تعين على فهمها من جهة، وتجدُّد الحاجات العملية واختلاف ظروف التطبيق من جهةٍ أخرى. ورغم أن القوانين المدنية العربية في جملتها لا تتسع لإبراز قواعد تفسيرها، تاركة ذلك لقواعد أصول الفقه، فقد اشتملت قوانين مدنية عربية عديدة لتحقيق هذا التوازن على بعض المواد الخاصَّة بالقواعد التفسيرية المستمدَّة من نظيرتها الأصولية. والقصد من ذلك فيما نصَّت عليه المذكرات التوضيحية لبعضها هو ربط مضامين هذه القوانين بأحكام الفقه الإسلامي المتوافقة مع هذه المضامين، أو المأخوذة منها بشكلٍ مباشر.

وتعزِّز هذه الآلية التفسيرية عمل قواعد الفقه الإسلامي ونظرياته وفروعه، للإفادة من قسماته الإنسانية في التطبيق العملي الحديث. وقد يوضِّحه من القانون المدني المصري أن المادة (٢٣٤) منه قد نصَّت على أن أموال المدين جميعها ضامنةٌ للوفاء بديونه. وهذا هو الحكم في الفقه الإسلامي كذلك. غير أنه لا يباع على المدين أدوات مهنته أو ملبسه أو ما هو بحاجة إليه من ضرورات المعيشة؛ لِما قدَّره الشارع من أن حقَّ المدين في حفظ حياته واكتساب معايشه يرجح حقَّ الدائن في استرداد أمواله. ولا يبعد عن هذه المقررات الفقهية في مقصودها ومنطقها، ما أخذت به المادة الأولى من القانون رقم (٥١٣) لسنة (١٩٥٣م) في عدم جواز التنفيذ على الأرض الزراعية التي يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة. أما إذا زاد ما يملكه وقت التنفيذ على هذه المساحة، فيجوز بمفهوم المخالفة التنفيذ على الزيادة وحدها[٥١].

وإذ ينسجم حكم هذه المادة مع الاتجاهات الاجتماعية التي أفرزها نظام

---

(٥١) الطعن رقم (٥٦)، لسنة ٣٨ق، بتاريخ (٢٣/ ١٢/ ١٩٧٣م).

جمال عبد الناصر في مصر، فيمكن القول بأنه يجد مسوغًا له في أحكام الفقه الإسلامي المشار إليها.

(٢) قواعد تفسير القانون المدني:

ترجع قواعد تفسير القوانين المدنية العربية إلى ما هو مدوَّن في أصول الفقه الإسلامي، وذلك في مبحث دلالات الألفاظ. وقد درج القضاة على الرجوع لهذه القواعد دون مشقَّة. ومن شأن تطبيقهم لهذه القواعد أن تتوثَّق صلة القضاة العرب بالفقه واجتهادات علمائه.

وقد نصَّت المادة الثالثة من القانون المدني الأردني على هذا، فبيَّنت أنه «يُرجَع في فهم النصِّ وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي». وأظهرت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما كان خافيًا حين أفصحت عن أن الهدف الأساسي هو: «تثبيت ما يتميَّز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله، خصوصًا وأن أصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده».

وإذ ترجع قواعد التفسير المدنية إلى القواعد الأصولية، فيمكن تقسيمها: إلى **قوعد لغوية** تتعلَّق بالمنطوق والمفهوم، وإلى **قواعد أخرى غير لغوية** ترجع إلى المقاصد والقواعد. وسيدخل في القواعد اللغوية - فيما ذكره السنهوري - الاستنتاج بطريق القياس، والاستنتاج من باب أَوْلَى، وبمفهوم المخالفة؛ أما غير اللغوية فسيدخل فيها - طبقًا للسنهوري أيضًا - الاستناد إلى حكمة التشريع ومقصوده، والأعمال التحضيرية، والعادات والعرف. وفيما يلي إشارة إلى بعض قواعد التفسير.

(٣) القواعد اللغوية:

أ - «**لا مساغ للاجتهاد في مورد النصِّ**»: تفيد هذه القاعدة التي وردت ضمن المادة الثانية من القانون المدني الأردني وجوبَ التقيُّد بمعاني الألفاظ ومبانيها، بحكم أن الألفاظ منتقاةٌ بعنايةٍ بالغةٍ للتعبير عن إرادة الشارع، فيجب إعمال منطوقها ومفاهيمها بالأقسام السابق التعرض لها.

ب - **«لا يُنسَب لساكتٍ قول إلَّا ما استُثني بنصٍّ شرعيٍّ»**: مفاد هذه القاعدة المنصوص عليها في المادة السابعة من القانون اليمني وجوبُ التقيُّد بما يدلُّ عليه ظاهر النصِّ دون إضافةٍ إليه بأيٍّ من آليات مفهوم المخالفة. وتفيد هذه القاعدة الالتزام بالتفسير اللغوي أو الحرفي، وإعمال ما أثبتته النصوص الشرعية. ولا تتعارض هذه القاعدة مع سابقاتها المتعلِّقة بالتفسير المقاصدي، وإنما يتكاملان معًا.

(٤) القواعد غير اللغوية:

أ - **«الشريعة الإسلامية مبنيَّة على رعاية مصالح الناس، ودرء المفاسد عنهم، والتيسير في معاملاتهم، وعدم تكليفهم بما يشقُّ عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية»**: تؤكِّد هذه القاعدة التي وردت في القانون المدني اليمني الصادر في عام (٢٠٠٢م) وجوب الالتفات إلى المصالح والمقاصد التي أراد المشرِّع تحقيقها عند إتيانه بالنصِّ المراد تفسيره.

ب - **«الضرر يجب أن يزال، ودرء المفاسد مقدَّم على جلب المصالح»**: وردت هذه القاعدة في نصِّ المادة الرابعة من القانون المدني اليمني أيضًا. ومفادها وجوب تحديد الضرر الذي أراد المشرِّع تجنُّبه بالنصِّ الذي أتى به.

ج - **«ما حُرم لذاته ولسدِّ الذريعة مباح عند الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات»**: هذه قاعدة أساسية في تفسير النصوص القانونية والشرعية. وقد نصَّت عليها المادة الخامسة من القانون المدني اليمني، ومفادها أن القواعد العامَّة يُستثنى منها في أحوال الضرورة، كما في أحوال الظروف الطارئة التي تخفُّ بها الالتزامات، وتفسخ بها الإجارات.

د - **«الأمور بمقاصدها، والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني»**: جاءت هذه القاعدة في نصِّ المادة السادسة من القانون المدني اليمني بلفظ: «العبرة في الكنايات»، بدلًا من لفظ مجلة الأحكام العدلية: «العبرة في الألفاظ»؛ للتفريق بين الألفاظ الصريحة والكنائية، بحيث لا يلجأ إلى التفسير المقاصدي لحمل الصريح على غير معناه، وإنما يعمل

التفسير المقاصدي في الكنايات وحدها. ويتصل بهذه القاعدة كذلك ما جاء في المادة الثامنة من القانون المدني اليمني، ونصها: «يجب إعمال الكلام في مقاصده».

هـ - **«تصرف الدولة منوطٌ بالمصلحة، والولاية الخاصَّة أقوى من الولاية العامَّة»**: تفيد هذه القاعدة المنصوص عليها في المادة الخامسة عشرة من القانون المدني اليمني أن النصوص التشريعية لا تُفهم إلا بالنظر إلى المصالح المقصودة منها. ويتصل بهذه القاعدة ما تضمَّنته بعض القوانين العربية من إشارةٍ إلى دور العرف في بناء الأحكام وتفسيرها.

(٥) قواعد تفسير العقود:

اشتملت بعض القوانين المدنية العربية المتأثِّرة بمجلة الأحكام العدلية في الصياغة على عددٍ من القواعد المستمدَّة من الفقه وأصوله، والمتعلِّقة بتفسير العقود. من ذلك قواعد القانون المدني الأردني المتضمَّنة في المواد (٢١٣-٢٤٠)، وهذه فيما يلي:

المادة (٢١٣): «الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد».

المادة (٢١٤): «(١) العبرة في العقود للقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني. (٢) والأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلَّا إذا تعذَّر حمله على معناه الحقيقي».

المادة (٢١٥): «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح».

المادة (٢١٦): «إعمال الكلام أَوْلَى من إهماله، لكن إذا تعذَّر إعمال الكلام يُهمَل».

المادة (٢١٧): «ذكر بعض ما لا يتجزَّأ كذكره كله».

المادة (٢١٨): «المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة».

المادة (٢١٩): «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر».

المادة (٢٢٠): «(١) العادة محكَّمة عامَّة كانت أو خاصَّة. (٢) وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر. (٣) وتترك الحقيقة بدلالة العادة».

المادة (٢٢١): «ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه».

المادة (٢٢٢): «الضرورات تبيح المحظورات».

المادة (٢٢٣): «الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً».

المادة (٢٢٤): «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا».

المادة (٢٢٥): «المعروف بين التجَّار كالمشروط بينهم».

المادة (٢٢٦): «التعيين بالعرف كالتعيين بالنصِّ».

المادة (٢٢٧): «إذا تعارض المانع والمقتضى يُقدَّم المانع».

المادة (٢٢٨): «التابع تابعٌ ولا يُفرد بالحكم».

المادة (٢٢٩): «إذا سقط الأصل سقط الفرع».

المادة (٢٣٠): «الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يوجد».

المادة (٢٣١): «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه».

المادة (٢٣٢): «إذا بطل الأصل يصار إلى البدل».

المادة (٢٣٣): «التصرف على الرعية منوطٌ بالمصلحة».

المادة (٢٣٤): «السؤال معادٌ في الجواب».

المادة (٢٣٥): «الغُرم بالغُنم».

المادة (٢٣٦): «الأمر بالتصرف في مِلك الغير باطل».

المادة (٢٣٧): «من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقب بحرمانه».

المادة (٢٣٨): «من سعى في نقض ما تمَّ من جهته، فسعيه مردودٌ عليه».

المادة (٢٣٩): «(١) إذا كانت عبارة العقد واضحةً، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. (٢) أما إذا كان هناك محلٌّ لتفسير العقد، فيجب البحث عن النيَّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانةٍ وثقةٍ بين المتعاقدين وفقًا للعرف الجاري في المعاملات».

المادة (٢٤٠): «(١) يُفسَّر الشكُّ في مصلحة المدين. (٢) ومع ذلك، لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًّا بمصلحة الطرف المذعن».

ومن الواجب دراسة هذه القواعد التفسيرية المستمدَّة من الأصول والقواعد لإدراك العلاقات بينها، غير أن الشروع في ذلك قد يفسد السياق العام.

(٦) قواعد عامَّة في البيِّنات والإثبات:

البيِّنة هي ما يبيِّن الحقَّ ويُظهره. أما الإثبات فيتعلَّق بالأدلَّة على إظهار الحقِّ في الدعاوى والخصومات. وأدلَّة إثبات الحقِّ طبقًا لما جاءت به المادة (٧٢) من القانون المدني الأردني هي: الكتابة والشهادة والقرائن المختلفة والمعاينة والخبرة والإقرار واليمين. وقد احتوت بعض القوانين المدنية العربية على عددٍ من القواعد العامَّة المتعلِّقة بالإثبات والمستمدَّة من أصول الفقه وقواعده، ومن بينها القانون المدني الأردني. وأهمُّ هذه القواعد فيما يلي:

أ - **اليقين لا يزول بالشكِّ**: جاءت هذه القاعدة بلفظها في المادة (٧٢) مدني أردني. واليقين هو طمأنينة القلب إلى وقوع الشيء أو عدم وقوعه، بخلاف الظنِّ الغالب الذي يفيد ترجيح حدوث الفعل أو عدم حدوثه. أما الشكُّ فهو التردُّد بين الأمرين من غير ترجيح لأحدهما على الآخر. ومفاد هذه القاعدة أن الأمر الثابت على وجه اليقين لا يرتفع إلا بيقينٍ مثله، ولا يكفي مجرَّد الشكِّ فيه للحكم بغيره؛ ذلك أن الحائز للمال حيازة مستقرة مدَّة طويلة يكون

هو المالك، فإذا ادعى أحدٌ ملكيَّة هذا المال لم يُصدَّق في دعواه إلا إذا أثبت هذه الدعوى بالبيِّنة المؤيدة لها. ولو أقرَّ بالدَّين لأحدٍ وادَّعى وفاءه، لم نصدقه في الوفاء إلا أن يؤيد ذلك ببيِّنة تثبته؛ لأن الدَّين ثبت شغله لذمته على وجه اليقين بإقراره، فإذا ادَّعى الوفاء ولم يصدقه غريمه لزمه أن يؤيد دعواه بما يثبتها.

ب - **الأصل براءة الذمَّة، وعلى الدائن أن يثبت حقَّه، وللمدين نفيه:** وقد جاءت هذه القاعدة بلفظها في الفقرة الأولى من المادة (٧٥) مدني أردني. ويتصل بهذه القاعدة ما جاءت به الفقرة الثانية من هذه المادة، ونصُّها: «ما ثبت بزمانٍ يحكم ببقائه ما لم يوجد دليلٌ على خلافه».

ج - **الظاهر يصلح حجَّة للدفع لا للاستحقاق** (المادة (٧٦) مدني أردني).

د - **البيِّنة على مَنِ ادعى واليمين على مَنْ أنكر** (المادة: (٧٧) مدني أردني): البيِّنة هي الحجَّة الواضحة المثبتة للحقِّ، ويقع عبء تقديم البيِّنة على المدَّعي، والمدَّعي هو الذي يطلب غير الظاهر. فمَنْ يدعي ملكيَّة شيء في يد أحدٍ يكون مطالبًا بغير الظاهر، ويقع عليه عبء الإثبات. وكذا لو ادَّعى ربُّ المال إهمال المضارب أو تقصيره كان عليه عبء إثبات ما ادعاه.

هـ - **البيِّنة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل** (مادة: ٧٨).

و - **الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجَّة متعدية، والإقرار حجَّة قاصرة على المُقر**(مادة: (٧٩) مدني أردني).

ز - **المرء مؤاخذٌ بإقراره:** الإقرار من قرَّ الشيء إذا ثبت، والإقرار بهذا إثباتٌ لما كان متزلزلًا ومتأرجحًا بين الإقرار والجحود. وهو في اصطلاح الفقهاء: «إخبار عن ثبوت حقٍّ للغير على نفسه». وإنما ترجَّح صدق إخبار المُقر على نفسه في الإقرار؛ لأنه لا يقرُّ إلا بمسؤولية أو تبعة، مما لا تُقدم عليه النَّفْسُ إلا إذا كان له أساسٌ في الواقع. فمَنْ أخبر بأنه مدينٌ لشخص بألفٍ كان صادقًا فيما أخبر به من تبعاتٍ على نفسه. أما لو أخبر بأن له ألفًا على غيره، فإننا لا نبادر إلى تصديقه؛ لأنه يدَّعي لنفسه حقًّا. بخلاف الإقرار بالتبعة والمسؤولية، فإننا نصدقه؛ لأن المألوف أن الناس لا يقرون بمسؤولية إلا إذا كانت قائمةً بالفعل.

ح - **كلُّ شهادة تضمَّنت جرَّ مغنمٍ للشاهد أو دفع مغرمٍ عنه تُرَد** (مادة (٨٠) مدني أردني).

ط - **يُعتَدُّ في شهادة الأخرس وحلْفِهِ بإشارته المعهودة** (مادة (٨١) مدني أردني).

ي - **تُقبل اليمين ممَّن يؤديها في براءة نفسه، لا في إلزام غيره** (مادة: (٨٢) مدني أردني): تفيد هذه القاعدة أن اليمين إن كانت مؤكَّدةً بذكر اسم الله عز وجل، لكنها كلام الخصم (المدَّعى عليه)، فلا تصلح حجَّة مُظهِرة للحقِّ، وتصلح حجَّة للمدَّعى عليه؛ لأنه متمسِّك بالظاهر، وهو ظاهر اليد. فتكفي اليمين لاستمرار حكم الظاهر، وبهذا فإن الظاهر هو الذي يؤيد الحقَّ لا يمين المدَّعى عليه. وهذا هو مفاد القاعدة: «البيِّنة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل».

ك - **لا تُحلف اليمين إلا بطلب الخصم، ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار وعند الاستحقاق، ورد المبيع للعيب فيه، وعند الحكم بالشفعة، ولو لم يطلب الخصم تحليفه** (مادة (٨٣) مدني أردني).

ل - **يقبل قول المترجم الموثوق إذا كان عالمًا باللغتين بعد حلفه اليمين لدى الجهة المختصَّة** (مادة (٨٤) مدني أردني).

م - **لا حجَّة مع التناقض، ولكن لا أثر له في حكم المحكمة إذا ما ثبت بعده، ولصاحب المصلحة حقُّ الرجوع على الشاهد بالضمان** (مادة (٨٥) مدني أردني): وتفيد هذه القاعدة أنه لو رجع الشاهدان عن شهادتهما قبل الحكم لا تبقى شهادتهما حجَّة، لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به لا ينتقض ذلك الحكم، وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به». وإنما كان رجوع الشهود من قبيل التناقض؛ لأن شهادتهم بالحقِّ تتنافى مع الرجوع عن هذه الشهادة، فكأنهم قالوا: نشهد بثبوت الحقِّ، ونشهد بعدم ثبوته.

ن - **لا عبرة بالظنِّ البيِّن خطؤه، أو «الظنُّ البيِّن خطؤه لا عبرة به»** (طبقًا للفظ المادة العاشرة مدني يمني): ومفاد هذه القاعدة أنه لا يلتفت إلى الظنِّ الذي ثبت الخطأ فيه. ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الورثة لو قسموا التركة

بينهم، طبقًا لأنصبائهم الشرعية، ثم بانَ بعد ذلك أن الميت مدينٌ بديونٍ مستغرقة للتركة، فإن القسمة تنتقض لظهور انشغال التركة بالدَّين، وأنهم لا حقَّ لهم فيها، فتبطل القسمة وتُوزَّع التركة على الغرماء. وكذا لو أعطى الكفيل الدَّيْنَ للدائن نيابةً عن المكفول ثم ظهر بعد ذلك أن ذمَّة المكفول بريئةٌ من هذا الدَّين لسبق الوفاء به أو لعدم قيام سببه أصلًا، فإن الكفيل يستردُّ ما دفعه؛ لأنه دفع هذا الدَّيْنَ بناءً على ظنٍّ ثبت خطؤه. ويجري التفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول، ولا يثبت للزوجة شيء من المهر، ولا متعة لها ولا نفقة؛ لثبوت حرمة هذا الزواج، وما كان من ظنٍّ خلاف ذلك فلا يؤبه له.

س - **لا عبرة للتوهُّم**: التوهُّم أضعفُ من الشكِّ، وهو مجرَّد قيام احتمالٍ في الذهن، دون أن يكون مؤيدًا بالدليل. من ذلك أنه إذا مات شخصٌ وعليه ديونٌ مستغرقة لتركته وطالب الغرماء قسمة التركة، فإن القاضي يجيبهم إلى هذا الطلب، ولا يؤخر قسمة التركة بينهم، لاحتمال ظهور أحد الغرماء بعد ذلك؛ لأن هذا من التوهُّم الذي لا يلتفت إليه.

ولا يصحُّ القبض على أهل بلدٍ وجِد بينهم قتيل، لاحتمال أن يكون القاتل من بينهم، كما لا يجوز ضرب المتهم لحمله على الإقرار، بظن أنه الجاني؛ لأنه لا عبرة للظنِّ الناشئ عن غير دليلٍ.

ع - **الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان**: البرهان هو الدليل أو الحجَّة والبيِّنة الشرعية، ومعنى هذه القاعدة أن الثابت بالبيِّنة الشرعية كالثابت بالمعاينة في كونها حجَّةً ملزِمة. فمن أقرَّ خصمه بحقٍّ أمام القاضي دون إكراه ولا إجبار، ثبت الحقُّ عليه من دون شبهة، ولزم القاضي أن يحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار. وكذا لو كان هذا الحقُّ مدوَّنًا في ورقة عليها توقيعه وتوقيع الشهود، ثبت الحقُّ على وجه اليقين؛ لأن الثابت بمثلِ هذا البرهان كالثابت بالمعاينة والمشاهدة.

(٧) الخلاصة:

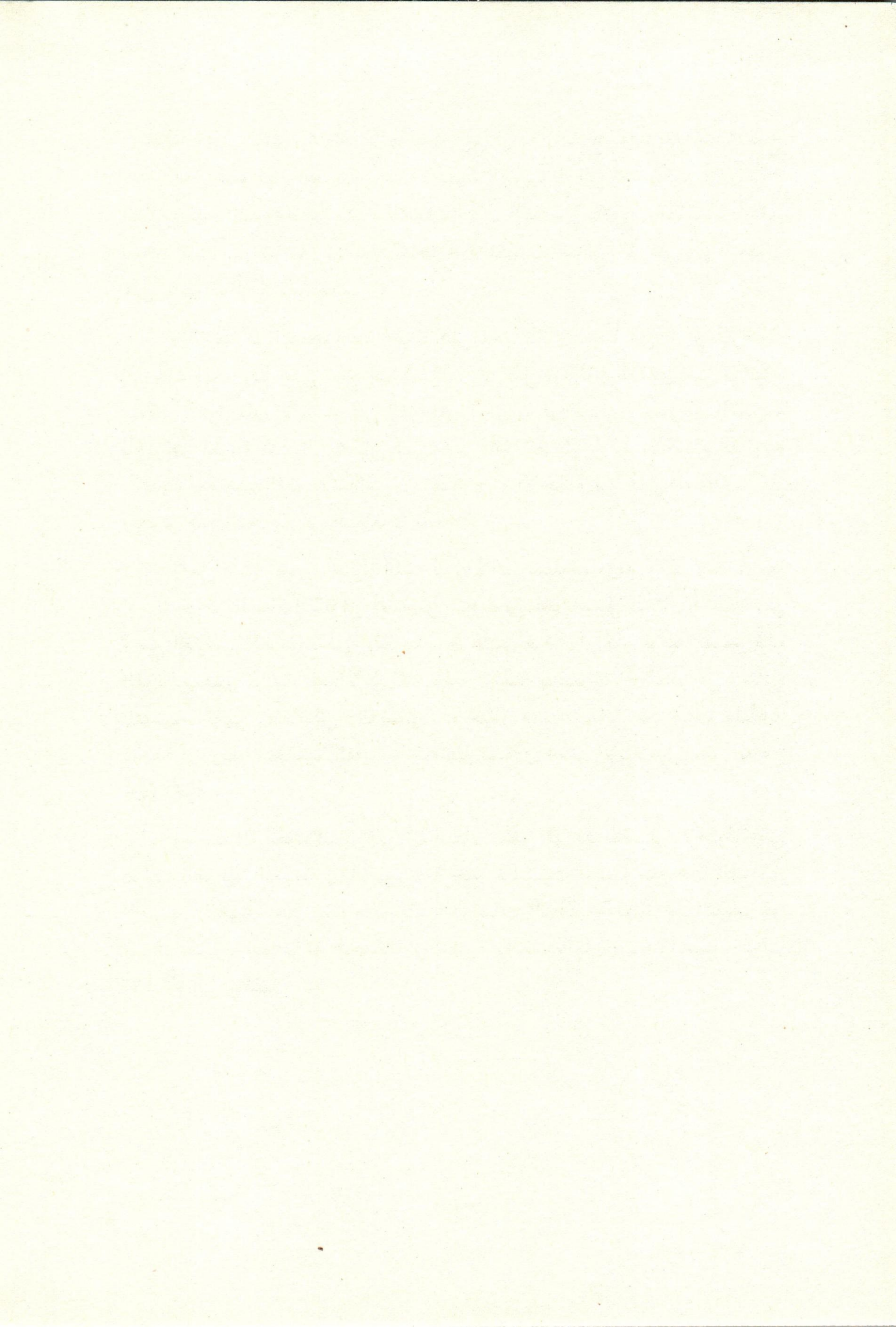
لعلَّه اتضح مما سبق نضج قواعد التفسير التي طورها الأصوليون المسلمون، سواء تلك المتعلِّقة بالألفاظ ودلالاتها ومعانيها المنطوقة

والمفهومة، أو تلك المتعلِّقة بالمقاصد التي أرادها الشرع. وقد بلغ هذا النضج حدًّا جعل القوانين العربية ذات الأصول الغربية - إلى حدٍّ يكثر أو يقلُّ - تتشبَّث بهذه القواعد لتثبيت صلاتها بأصول الفقه الإسلامي ومفاهيمه، على النحو الذي عبَّرت عنه المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني في التعقيب على مادته الثالثة، كما تقدَّم.

وإذ تتصرف المجتمعات أحيانًا على نحوٍ تلقائيٍّ بحثًا عن طريقٍ للوصول إلى أهدافها، ولو على نحوٍ غير مباشر، في ظلِّ توازناتٍ للقوى غير مواتية، فيمكن القول بأن الاستناد إلى القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية بأصولها الغربية ما يزال يشكِّل رأس جسر بالغ الصلابة لربط الأحكام القانونية الحديثة بمفاهيم الفقه الإسلامي، وتطبيق هذه الأحكام في عمل المحاكم، بل وتطوير هذه المفاهيم في السياقات الحديثة.

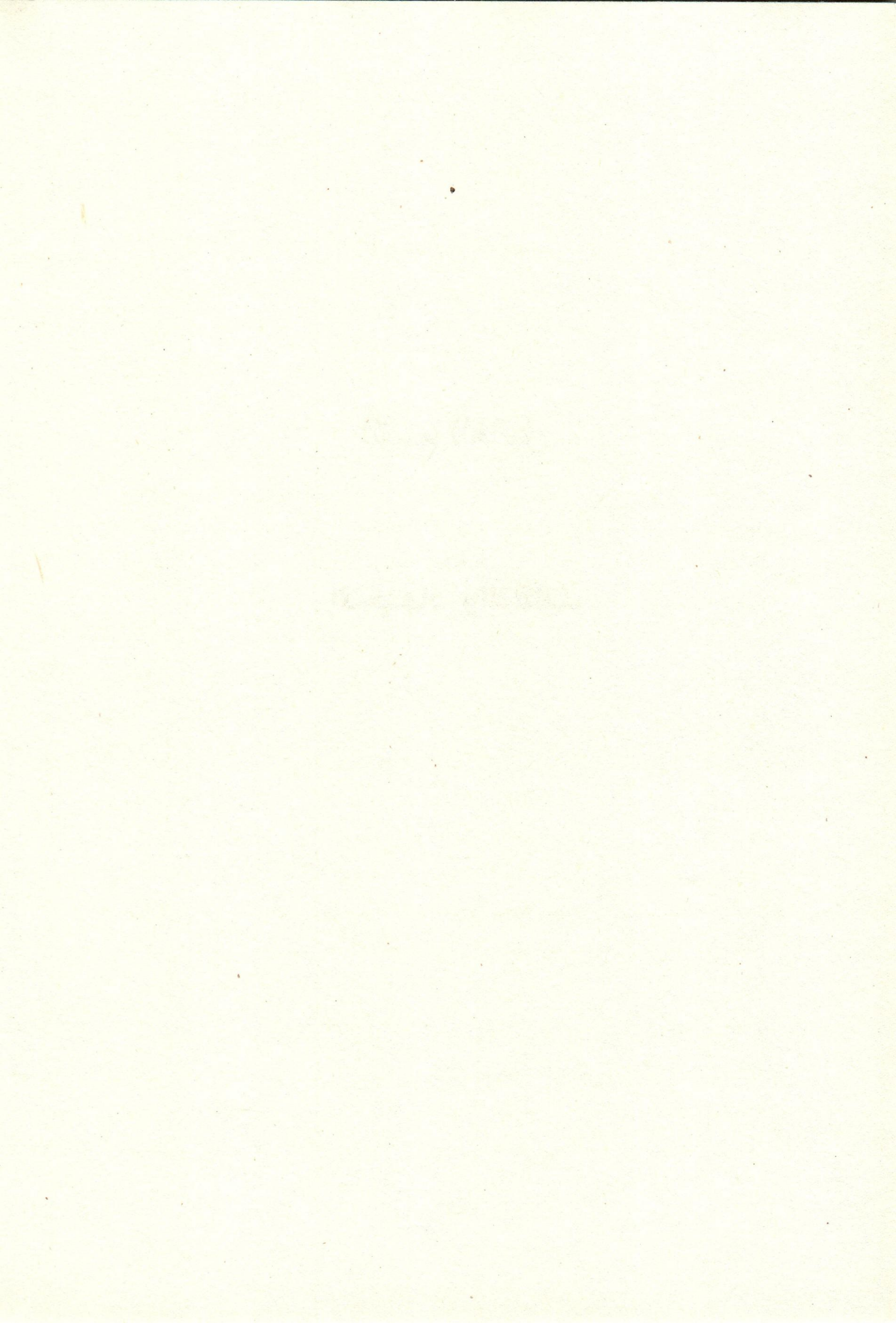
ولعلَّ سبق تطوير أصول الفقه للدلالات بمنطوقها ومفهومها ومقصودها إذا ما قُورن بالنظام القانوني الأنجلو-سكسوني على سبيل المثال، فضلًا عن وضع القوانين العربية بلغتها العربية؛ هو الذي فرض ارتكاز قواعد تفسير هذه القوانين على قواعد الدلالات الأصولية. ولهذا يجب إنعام النظر في وسائل التفسير الفقهي والقانوني والقضائي، لاختبار هذه الوسائل من جهة، ولتأكيد دورها في ربط المفاهيم القانونية الحديثة بمبادئ الفقه الإسلامي ومقرراته من جهةٍ أخرى.

ويجب أن ألفت النظر إلى أن انتقال بعض قواعد التفسير الأصولية إلى صلب القوانين العربية إيذانٌ بمرحلة جديدة لتثبيت الصلة بين هذه القوانين وأُسسها الفقهية، مما يستوجب عقد الدراسات الجادَّة حول قواعد التفسير في فروع القانون المتنوِّعة الجنائية والمدنية والدستورية وغيرها، مما حاولنا الإشارة إلى بعضها.



القسم الخامس

الاجتهاد والتقليد



الاجتهاد والتقليد

تمهيد

درج الأصوليون القدامى والمحدثون على تناول موضوع الاجتهاد والتقليد في قسمٍ يخصهما، وتكشف الموضوعات التي يتناولونها في هذا القسم عن الأهدافِ التي يسعون إلى تحقيقها من هذا التناول، وتتنوَّع هذه الموضوعات كي تشمل تعريف الاجتهاد وأركانه وحكمه وشروطه العديدة التي توجب على المجتهد الإحاطةَ بعلوم عصره، فضلًا عن تصنيف أنواع المجتهدين وطبقاتهم للتفريق بين المجتهد المطلق والمنتسب، ومجتهد التخريج والترجيح، وحفَّاظ المذهب، ومدوِّنيه.

أما عن التقليد، فإنهم يكتفون بتعريفه وحكمه ومن يجوز تقليده، ويهدف هذا التناول النظري بالدرجة الأولى إلى رفع درجة أئمَّة المذاهب بوضعهم في هذه الفئة النادرة من أصحاب الاجتهاد المطلق المتميزين عن غيرهم من المجتهدين المنتسبين أو المقلِّدين، وقد أدى هذا التصوُّر إلى خلق مشكلاتٍ بالغة التعقيد في تصوُّر آلية عمل الاجتهاد والتقليد، فيما يتعلَّق بانحصار الاجتهاد في فترةٍ محدودةٍ بمنتصف القرن الرابع الهجري، ساد بعدها التقليد والفتور بتعبيرٍ أكثر تأدبًا، أو الجمود والانحطاط بتعبيرٍ يتَّسم بكثيرٍ من الغلظة والفجاجة ويخلو من حسن اللياقة والتأدب.

وقد وقع المصلحون المحدثون في خطأ فادحٍ بالبناء على هذا التصوُّر حين رفعوا لواء إعادة فتح باب الاجتهاد، بحسبانه الحلَّ السحري لضعف أداء مؤسسات العدالة، متجاهلين الأسباب الحقيقية لهذا الضعف، وهو الاستبداد، والتدخل الأجنبي السافر في القرن التاسع عشر، والمتمثِّل في فرض الامتيازات الأجنبية

التي أسلمت القضايا التي يكون أحد أطرافها أجنبيًّا إلى قنصلية بلده، مما أدى إلى تشوُّه نظام العدالة في البلاد الداخلة في الدولة العثمانية، ومن بينها مصر.

وكان إنشاء المحاكم المختلطة على يد نوبار باشا تجميعًا لكل هذه البثور أو أذرع التنين في كيانٍ واحد، لتيسير التقاضي عند تعدُّد جنسيات أطراف الدعوى، مما اعتبره نوبار وكثيرٌ من المصريين نصرًا مبينًا يستحقُّ الاحتفاء به في المناسبات المختلفة، لنجاحه البالغ في توحيد الشطر الأجنبي للنظام القانوني. غير أن قوانين هذا الكيان الجديد ما لبثت أن تمدَّدت، وألقت بكلكلها على النظام القانوني الإسلامي السائد، الذي كان موزعًا هو الآخر بين قوانين الشرع غير المدوَّنة بمحاكمها، وقوانين السياسة المدوَّنة بمحاكمها؛ إذ لم يكن هذا التشتُّت مهيَّأ للاستمرار في ظلِّ تطلُّع الفئات المستنيرة والحاكمة إلى الضبط الإداري والقانوني، فاتجه تفكير النُّخب إلى توحيد الشطر القانوني الوطني هو الآخر باستعارة قوانين المحاكم المختلطة.

وشجَّع الاحتلال الإنجليزي هذا الاختيار، فتشكَّلت اللجان، وتُرجمت هذه القوانين من اللغة الفرنسية إلى العربية، كي تصدر القوانين الأهليَّة في المجالات القانونية المختلفة جميعها، في مصر، ما عدا الأحوال الشخصية عام (١٨٨٣م)، وخلق الوضع الجديد أنصاره الذين انخرطوا في تطبيقه والتمكين له بالهجوم على ممثلي المعسكر السابق الذين أصبحوا فجأةً من ممثلي العصر البائد الماضي، ويستحقون نعتهم بالجمود والانفصال عن الواقع، بصرف النظر عن جهودهم البالغة الدقَّة في الإطلال على الحاضر ومتابعته بالمقارنة بين القانون الفرنسي والفقه المالكي والإسلامي، وبالتقنين والتنظير. وأوضحت هذه المقارنة التي أجراها مخلوف المنياوي - على سبيل المثال - مدى قدرة النظام الإسلامي على المواجهة مع غيره، وأثره في تطوير التفكير القانوني الغربي.

ولم يدفع عن النظام القانوني الإسلامي تهمة الانغلاق على الماضي والانفصال عن الواقع جهودُ الدولة العثمانية منذ نشأتها في التقنين الذي اتجهت إليه أوروبا في القرن التاسع عشر، وإصدارها مجلة الأحكام العدلية، ووثيقة الدستور، وبعض القوانين الجنائية، وأحكام العائلة، بالإفادة من التراث الشرعي في الصياغة القانونية.

ولم يشفع لهؤلاء المنشغلين بالماضي في الدفاع عن أنفسهم انهماكهم - مثل غيرهم - في صياغة النظريات الفقهية. ولم تفلح هذه الجهود جميعًا في إقناع هؤلاء القانونيين الجدد في الحدِّ من غلواء ادعائهم بإغلاق باب الاجتهاد منذ أمد بعيد، وانتهاء عصور التفكير الخلَّاق.

ولم ينجُ من التصفيق لمقولة إغلاق باب الاجتهاد أحدٌ، سواء من طالبوا بإعادة فتحه، أو المتنادين إلى نسيان الأمر كله للاستمداد من القوانين الغربية، حفزًا للتقدُّم، وتوفيرًا للوقت. وإذ لم يصادف النجاح أيًا من الفريقين، فإن الواجب إعادة فتح النقاش حول موضوع الاجتهاد والتقليد على نحوٍ مختلفٍ عن التصنيف الأصولي المألوف، وهو التصنيف الذي يقوم أساسًا على التفريق بين الاجتهاد المطلق والمنتسب، على نحوٍ لم يعره الواقع العملي أيَّ انتباه.

وقد يكشف النظر إلى «**الفتاوى المهدية**» عن منهجٍ أصوليٍّ عمليٍّ يساعد المفتي دون أي تلعثمٍ على ما يحال إليه من قضايا مدنية أو جنائية أو عائلية لإبداء الرأي والمشورة. ولا تتفق هذه الحيوية البادية مع مفردات النظرية الأصولية التي قدَّمها الكاتبون المحدثون من أمثال أحمد أبراهيم وأبو زهرة وخلاف، من جهة أن هذه المفردات لم تحفل كثيرًا بالتطبيق العملي، إلَّا في النظر إلى بعض المفاهيم المشتتة التي لا تتكامل فيما بينها، مثل المصلحة والعرف، وإن أضعفهما اعتبارهما من قبيل الأدلَّة المختلف فيها. ولهذا يجب النظر إلى الاجتهاد باعتباره الأداة المتاحة لوصل النصِّ بالواقع.

وأؤكِّد بهذا على وجوب فهم هذا السياق التاريخي الذي ظهرت فيها دعوى انسداد باب الاجتهاد أو إغلاقه، وأن هذه الدعوى لا تستند إلى أيِّ قدرٍ من العمق في التحليل التاريخي.

ومن جهةٍ أخرى، يلزم النظر إلى وجوب التفريق بين التقليد الأعمى الذي يتقيَّد فيه العاميُّ - على سبيل المثال - برأي إمام بعينه لا يتخطَّاه، دون اعتبار لدليله، وهذا المقلِّد الذي يتلقى في الأمر الواحدَ آراءً متنوِّعةً بأدلتها، ويمكنه الموازنة بين هذه الآراء ومآلاتها لاختيار أصلحها للواقع. ولا غنى لأيِّ نظام قانونيٍّ عن المزاوجة بين إعمال كلٍّ من هذا التقليد الإيجابي والاجتهاد. ويدرك الباحث المدقِّق عمقَ التعاون بين هذين المنهجين طوال تاريخ تطبيق أحكام

الشريعة الإسلامية على الرغم من اختلافهما؛ فقد كان هناك هؤلاء الأعلام الذين يشقون بعقولهم الفذَّة طرقًا جديدةً في صياغة المنهج الفقهي، أو في التعرض لقضايا لم تثر من قبل، أو في التفكير في القضايا المثارة سلفًا بطريقٍ آخر مختلف، لإلحاقها بأصلٍ من الأصول الشرعية أو في إضافة شيء من التنسيق أو التقعيد للقواعد السابقة الاكتشاف بما يحدِّد دورها على نحوٍ أوضح، كهذا الذي فعله الشافعي في صياغة مفهومٍ عامٍّ للإجماع لإبطال ما عداه من الإجماعات الضيقة المحدَّدة.

وقد عاش إلى جوار هؤلاء جماعاتٌ أخرى من العلماء والقضاة والمفتين الذين انحصر دورهم في استظهار ما قاله السابقون عليهم أو تعليمه أو تطبيقه في الواقع أو الاستدلال عليه والانتصار له. وهؤلاء هم المقلِّدة الإيجابيون الذين لا غنى عن دورهم في أيِّ نظامٍ تشريعيٍّ لاستمراره، والإضافة إليه، وتنفيذه، ولا يشبه عمل هؤلاء عمل مديري المخازن الذين لا يفعلون أكثر من مراقبة الوارد وصيانته، وإنما يشبه عمل الوارث الذي يفهم طبيعة ما ورثه، ويتصرف فيه بالتنظيم والترتيب، والزخرفة والتزيين، بل والإضافة إليه عند الاقتضاء.

والذي أهدف إلى تأكيده في هذا التقديم عدَّة معايير:

أولها: أن الاجتهاد لم يتوقَّف.

والثاني: أن الاجتهاد والتقليد لا بدَّ من تعاونهما، ولا غنى لأحدهما عن الآخر، سواء في الماضي أو في المستقبل.

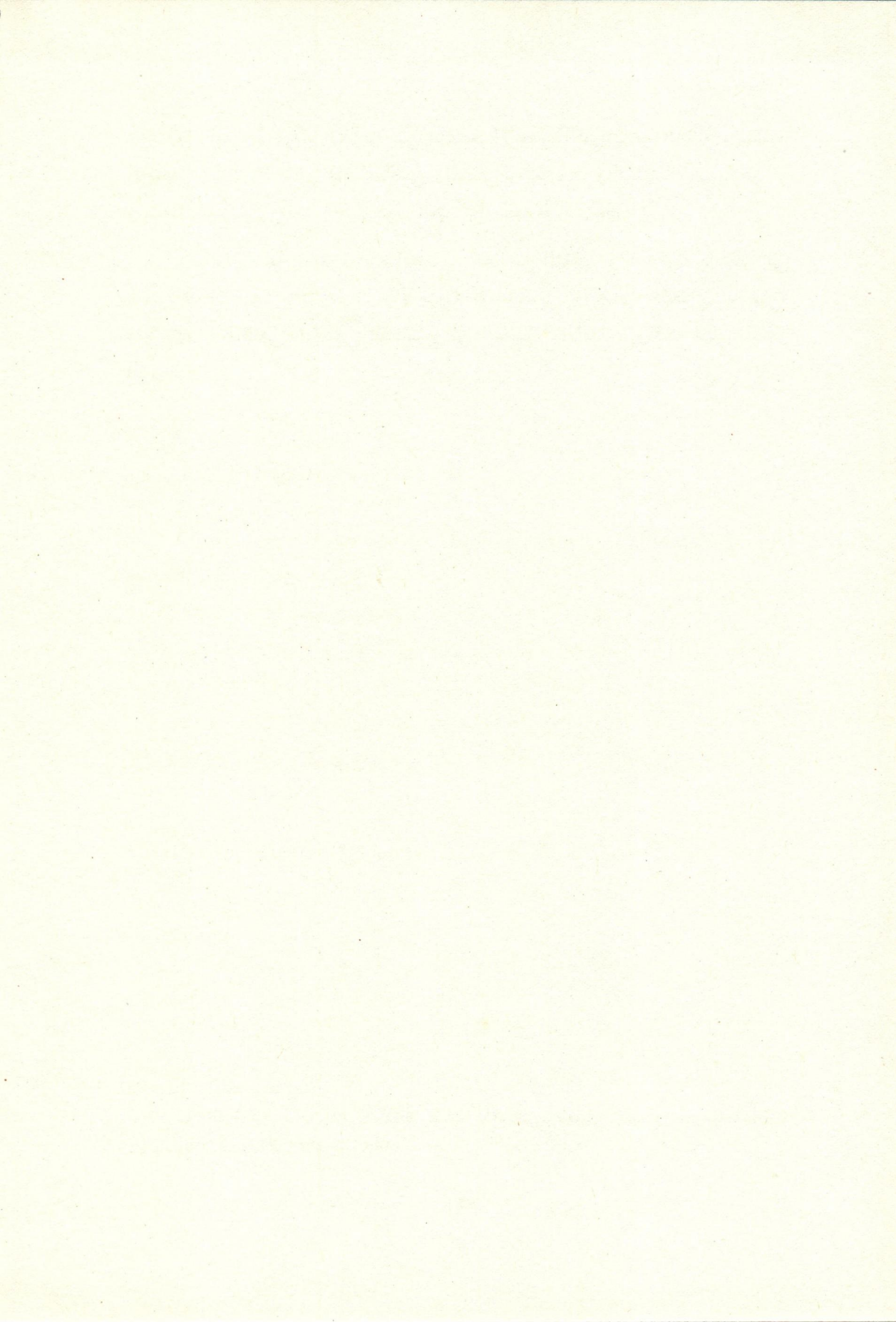
والثالث: أن للتقليد الإيجابي دوره في تطوير التفكير الفقهي وتطبيقه. لقد ذمَّ كثيرٌ من المعاصرين هذا الأسلوب، واعتبروه قيدًا على التطوير، وسببًا للتخلُّف. غير أنه لا يمكن تصوُّر قيام نظامٍ قانونيٍّ يقوم على أكتاف مجموعةٍ متنوِّعة من أصحاب الطاقات الخلَّاقة المُبدِعة في القضاء والتشريع والتنفيذ وحدهم. إن التقليد الإيجابي بما يتضمَّنه من قدرة على فهم الأدلَّة والتخيُّر من الآراء، هو الأسلوب الذي يقوم العمل القانوني عليه، سواء في القضاء أو الإفتاء. وتكْمُن الحكمة على الدوام في الموازنة بين الاجتهاد والتقليد أو بين الأصالة والمعاصرة.

والرابع: وجوب التفريق بين التقليد الأعمى الذي يتبعه العوامُّ والتقليد الإيجابي الذي لا غنى عنه للقاضي والمفتي والمشرِّع. والتقليد الأعمى هو ما رسمه الأصوليون بأنه: «قبول قول الغير من دون مطالبة بحجَّة»[1].

وسأتناول على ضوء هذه المعايير كلًّا من التقليد والاجتهاد بالنظر إلى مستويات الاجتهاد التاريخي، والاجتهاد المعاصر، والاجتهاد النظري الفقهي، والاجتهاد العملي الواقعي المتمثِّل في القضاء والإفتاء، وذلك على النحو التالي.

---

(١) القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد للشوكاني، تحقيق: عبد الرحمن عبد الخالق، دار القلم، الكويت، (١٣٩٦هـ)، ص١٩.



الفصل الأول

الاجتهاد

(١) تعريف الاجتهاد:

الاجتهاد في اللغة بذل الجهد واستفراغ الوسع في تحصيل أمر فيه كلفة ومشقَّة. وهو في اصطلاح الأصوليين: «استفراغ الجهد والوسع في إدراك أحكام الشرع من أدلتها التفصيلية»(١). وقد عرَّفه الآمدي بأنه: «استفراغ الوسع في طلب الظنِّ بشيء من الأحكام الشرعية على وجهٍ يُحَسُّ من النفس العجزُ عن المزيد فيه»(٢) وعرَّفه صاحب مسلم الثبوت بأنه: «بذل الطاقة في تحصيل حكم شرعيٍّ ظنيٍّ»(٣). وهو عند ابن حزم: «استنفاد الطاقة في طلب حكم النازلة حيث يوجد ذلك الحكم».

وبهذا فإن الاجتهاد يشمل استفراغ الوسع في طلب حكم أمر لم يسبق «التكلُّم فيه من العلماء السابقين»، أو سبق نظرهم فيه، سواء وافقهم المجتهد في إدراكهم أو خالفهم، وسواء أعانوه بالتنبيه على مآخذ الأحكام أو لم يعينوه.

---

(١) عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد لولي الله الدهلوي، تحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية بالقاهرة، (بدون تاريخ)، ص٣.

(٢) روضة الناظر (٣/ ٩٥٩)، وشرح الكوكب المنير (٤/ ٤٥٧)، وإرشاد الفحول (٢/ ٢٠٦)، وتيسير التحرير (٤/ ١٩٧)، والتقرير والتحبير (٣/ ٢٩١)، والإحكام للآمدي (٤/ ١٤١)، وشرح المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي (٢/ ٤٢١)، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري (٤/ ١٤).

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/ ١٦٩)، والتلويح (٢/ ١١٧).

ولهذا فإن الظنَّ فيمن يوافق إمامه في «أكثر المسائل، لكنه يعرف لكل حكمٍ دليلًا، ويطمئن قلبه بذلك الدليل، وهو على بصيرة من أمره أنه ليس بمجتهدٍ؛ ظنٌّ فاسد. وكذلك ما يُظَنُّ من أن المجتهد لا يوجد في هذه الأزمنة اعتمادًا على الظنِّ الأول بناء على فاسد»[٤].

ورغم انحصار هذه التعريفات في الربط بين الاجتهاد وإدراك الحكم الشرعي، فالواجب أن يشمل الاجتهاد وجوهًا أخرى لا غنى عنها لإدراك هذا الحكم، من مثل النظر في النصوص وتفسيرها، وإدراك معانيها واستخلاص دلالاتها وتحديد مقاصدها والمصالح المتغياة منها، وهناك إلى جانب هذا الاجتهاد النظري نوعٌ آخر هو الاجتهاد العملي المتعلِّق بتطبيق الأحكام الشرعية في الواقع، والفصل في النزاعات القضائية على ضوء هذه الأحكام.

توضيحه أننا إذا توصلنا إلى الحكم الشرعي المتعلِّق بوجوب عقوبة القصاص في القتل العمد دون الخطأ، ثم جاءت للقاضي جريمة قتل، فإن عليه أن يتحرى في وقائع القضية التي ينظرها ليتضح له وجود نيَّة القتل العمد أو عدم وجودها، ولا يتحقَّق له ذلك إلا بهذا النوع من الاجتهاد الذي يذكر الشاطبي بشأنه أنه لا يمكن انقطاعه أو وقفه، وأنه مستمرٌّ ما استمرَّ تطبيق الأحكام الشرعية وإعمالها[٥].

ومن هذا يتضح أن الاجتهاد يشمل كلًّا من الاجتهاد النظري الذي يدخل فيه الاجتهاد بالتفسير والقياس والاستصلاح، والاجتهاد العملي الذي يدخل فيه فهم وقائع القضية المطروحة للنظر لإلحاقها بالمبدأ المناسب للحكم فيها، والتأكُّد من حجيَّة الحكم الموصول إليه وعدالته بالاستدلال عليه من النصوص والمعقول، مما قد يتصل بتسبيب الأحكام.

ويتعارض هذا التصنيف للاجتهاد مع حصره في القياس، طبقًا لما نصَّ عليه الشافعي في تسويته بين القياس والاجتهاد، وأنهما «اسمان لمعنى واحد»[٦]. وهو

---

(٤) الإحكام لابن حزم (٨/ ٥٨٧).

(٥) الموافقات (٤/ ٨٩).

(٦) الرسالة للشافعي، فقرات (١٣٢٣-١٣٢٥).

يؤكِّد هذه التسوية بقوله: «كلُّ ما نزل بمسلمٍ ففيه حكمٌ لازم، وعلى سبيل الحقِّ فيه دلالةٌ موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكمٌ اتباعُه، وإذا لم يكن فيه بعينه طُلِبَ الدلالةُ على سبيل الحقِّ فيه بالاجتهاد، والاجتهادُ القياسُ»[٧].

غير أن الاجتهاد أعمُّ من القياس عند غيره؛ فيشمل عند الجصاص - على سبيل المثال - الاجتهاد بالقياس، كما يشمل «الاستدلال بالأصول» وما يفيده غالب الظنِّ، وبهذا تتنوَّع وظيفة الاجتهاد كي تشمل بذلَ الوسع في استنباط الأحكام الشرعية، أو في تطبيقها بعد استنباطها. ولهذا فعلى المجتهد الحقِّ أن يزاوج بين النظر إلى النصوص والأدلَّة من جهة، وواقع عصره من جهةٍ أخرى؛ حتى يعطي لكل واقعةٍ حكمَها المناسب لمكانها وزمانها وحالها.

(٢) مراتب الاجتهاد:

إذا أردنا وضع مراتب الاجتهاد في ترتيبٍ هرميٍّ، فسوف يأتي ما اصطلح عليه بالاجتهاد المطلق أو المستقل في قمَّته، ليتلوه بعد ذلك المجتهد المنتسب بدرجاته المختلفة، قال الغزالي في «**المنخول**»: فصل في **كيفية سرد الاجتهاد ومراعاة ترتيبه**، قال الشافعي: «إذا رُفِعت إليه واقعة، فليعرضها على نصوص الكتاب، فإن أعوزه فعلى الأخبار المتواترة، فإن أعوزه فعلى الآحاد، فإن أعوزه لم يخض في القياس، بل يلتفت إلى ظواهر القرآن، فإن وجد ظاهرًا نظر في المخصِّصات من قياسٍ وخبر، فإن لم يجد مخصِّصًا حكم به، وإن لم يعثر على لفظٍ من كتابٍ ولا سُنَّةٍ نظر إلى المذاهب، فإن وجدها مجمعًا عليها اتبع الإجماع، وإن لم يجد إجماعًا خاض في القياس. ويلاحظ القواعد الكليَّة أولًا، ويقدمها على الجزئيات، كما في القتل بالمثقل، يقدم قاعدة الردع على مراعاة الآلة، فإن عدم قاعدة كليَّة نظر في النصوص ومواقع الإجماع، فإن وجدها في معنى واحدٍ ألحق به، وإلَّا انحدر إلى قياسٍ مُخيل، فإن أعوزه

(٧) الرسالة للشافعي، فقرة (١٣٢٦)، ص٤٧٧.

تمسَّك بالشبه، ولا يعول على طردٍ إن كان يؤمن بالله تعالى، ويعرف مآخذ الشرع. هذا تدريج النظر على ما قاله الشافعي»[8].

(٣) الاجتهاد الإفتائي:

لا يحقُّ النظر إلى أنواع الاجتهاد كلها على قدم المساواة فيما بينها، بل يلزم التمييز بين نوعيه الأساسيين، وهما: الاجتهاد النظري الذي يقوم به الفقهاء، والاجتهاد العملي الذي يقوم به المفتون والقضاة وبعض المؤسسات الإدارية والتشريعية[9]. ويعني الاجتهاد الفقهي استفراغ الوسع لإدراك الحكم الشرعي. وحكم هذا النوع من الاجتهاد أنه فرض كفاية، لو اشتغل به البعض سقطت الفرضية عن باقي الأمَّة[10].

أما الاجتهاد العملي المتعلِّق بالإفتاء، فهو بيان الحكم الشرعي في الحوادث والنوازل التي تقع للناس، سواء تعلَّقت هذه الفتاوى بالعبادات أو بغيرها، وسواء تعلَّقت بأحد الأفراد أو بنزاعٍ قضائيٍّ بينه وبين غيره، في أيٍّ من المجالات التشريعية المختلفة. ولهذا يمكن التفريق - بالنظر إلى موضوع الفتوى - بين نوعَيْن من الإفتاء:

أولهما: الإفتاء في مسألةٍ تخصُّ شخص المستفتي، وتتجه إليه، ويتوقَّف التزامه بها على اقتناعه بالمفتي والمفتى به.

وثانيهما: الإفتاء في نزاعٍ قضائيٍّ، لتقديم مشورة قانونية تستند إلى الخبرة بأحكام الشرع. ويتمتَّع هذا النوع من الفتوى بشيءٍ من الإلزام، على ما تعكسه **«الفتاوى المهدية»**. والمألوف في الأجزاء الأخيرة من هذه الفتاوى أن يلخِّص أحد معاوني القاضي وقائعَ القضية، وما جرى من تحقيقاتٍ وأدلَّة، ويرسل كلَّ ذلك إلى المفتي، طالبًا الإفادة بالحكم الشرعي للعمل بما يوجبه، والحكم

---

(٨) تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد لعبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر دار الدعوة، القاهرة، ص٥٨.

(٩) الإحكام لابن حزم (٨/١١٥٦).

(١٠) البحر المحيط (٦/١٩٨).

بمقتضاه. وقد يوجِّه أحد الخصوم السؤالَ إلى المفتي، لمعرفة الحكم الشرعي في القضية المنظورة، وتقديمه إلى القاضي، مما عساه أن يؤدي إلى إقناع القاضي بالحكم لمصلحته. وغالبًا ما ترد مثل هذه الأسئلة على نحوٍ لا تُذكر فيه الأسماء الحقيقية لأيٍّ من المدعين، وإنما تُستخدم أسماء خيالية مفترضة، مثل زيد وعمرو، لتنسب إلى هذه الأسماء وقائع مشابهة لوقائع القضية، مما يحفظ للمفتي حياده وموضوعيته،

وتكثر مؤلفات الفتاوى الخاصَّة بالنوع الأول، من مثل: **فتاوى قاضيخان، والفتاوى الكبرى والصغرى للصدر الشهيد، والبزازية والحامدية، وفتاوى ابن الصلاح، وفتاوى ابن حجر الهيتمي، وفتاوى ابن رشد، وفتاوى ابن تيمية، وفتاوى الشيخ عليش، وفتاوى رشيد رضا** المجموعة في ستة مجلدات مرتَّبة حسب تواريخ نشرها.

أما النوع الثاني الموجَّه من القضاة أو بعض الجهات الرسمية الذي لم ينل حظًّا من الاهتمام، فيتمثَّل فيما تحتويه مؤلفات عديدة، من بينها: **المعيار المعرب للونشريسي، والفتاوى الهندية**. وتمثِّل هذه الأخيرة جزءًا من العمل القضائي، الذي يبدو بوضوحٍ في محاكم شبه القارة الهندية، حيث كانت تتشكَّل هذه المحاكم في القرنين السابع عشر والثامن عشر والنصف الأول من القرن التاسع عشر من أحد القضاة الإنجليز وأحد المفتين، الخبير بالحكم الشرعي الذي يدلُّ المحكمة على ما يجب أن تقضي به. وهو الحال كذلك في الشمال الإفريقي في فترات الاحتلال الفرنسي الأولى.

ولم يكن هذا تقليدًا اخترعه البريطانيون والفرنسيون، وإنما يوجد في تقاليد المحاكم المالكية في الأندلس وفي الشمال الإفريقي، وفي محاكم الدولة العثمانية. وهذا ما تشير إليه بوضوحٍ تامٍّ مئات القضايا المذكورة في معيار الونشريسي المحالة إلى المفتين. ومن أشهرها فتوى الكدِّ والسعاية لابن عرضون التي حكمت بوجوب تنصيف الثروة المضافة بين الزوجين عند الطلاق أو الوفاة[١١]. وقد حكمت هذه الفتوى العمل القضائيَّ في فاس وما حولها،

---

(١١) نوازل العلمي، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م)، =

وانتقلت إلى قوانين الأحوال الشخصية الحديثة في المغرب وإندونيسيا وماليزيا.

وقد لعبت مؤسسة الإفتاء في الدولة العثمانية بالتناسق مع التشريعات القانونية والقضاء دورًا متناغمًا في إدارة العدالة. يوضِّح ذلك ما يلي:

أ - توجيه أبي السعود العمادي شيخ الإسلام القضاة ومعاونيهم بوجوب «القبض على المتهم، وإحضاره للمحكمة الشرعية، ثم يسلم للكفيل الذي يوثق به. ولكن إن كان من المتهمين (أي بالفجور والفساد)، أو إن لم يتوفر سوى شاهد واحد في المظلمة المتهم فيها، فيجب حبسه حتى تكتمل تحقيقات القاضي... وليس لأهل العرف (أي: قضاة السياسة) شأنٌ في ذلك، ولا يجوز تسليمه لأهل العرف حتى تتضح جريمته»(١٢).

ب - قضية الصغير مصطفى الذي اغتصبه في أثناء توجُّهه لعلف حصانه أربعةُ رجال، ونظر قاضي «جانقري» هذه القضية، واستحضر وكيل الشاكي فتوى مفتي المدينة ذاتها التي تبيح قتل زيدٍ إنْ فَجَر بعمرو القاصر، وأن زيدًا هذا ممَّن يسعون في الأرض بالفساد. واتجهت شهادة العشرين شخصًا الذين تقدَّموا إلى القاضي في هذه القضية، ويعرفون المتهمين حقَّ المعرفة، بأنهم من أهل الفجور والفساد المعتادين لارتكاب جريمة اللواط. ولم يكن أمام المحكمة بعد السماع لهذه الشهادات إلا الحكم على المذنبين طبقًا لنصِّ الفتوى(١٣).

وقد أثبت رودلف بيترز كثيرًا من هذه القضايا التي يلجأ فيها القاضي إلى أخذ رأي المفتي، مما كان يمثِّل نوعًا من ضمانات تحقيق العدالة والإنصاف. وتدلُّ القضية الأخيرة أن المجتمع الذي تقع فيه الجريمة لم يكن بعيدًا عن توصيفها والحكم فيها.

ج - تحتشد **«الفتاوى المهدية»** بالقضايا المحالة إلى المفتي لإبداء الرأي الحاسم، من ذلك فتوى الشيخ المهدي في قضيةٍ تتعلَّق بالقبض على امرأة

= وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (٢/١٠٣) وما بعدها؛ وابن عرضون الكبير، ص٢٥٠ وما بعدها.

(١٢) رودلف بيترز، الجريمة والعقاب في الشريعة، ص١٢٧.

(١٣) نفسه، ص١٣٣.

وأولادها في تعديهم بالسرقة على عددٍ من الناس الذين تعرفوا إلى بعض أموالهم المسروقة منهم. وقد صدر أمر المجلس بعد عرض القضية عليه ببيع ما وجِد في منزل المرأة وأولادها، مع بيع حصة في منزلٍ تملكها، لتقسيم أثمان ذلك على أصحاب المسروقات، وإن لم تفِ بحقوقهم. وتؤكِّد الفتوى بعد إحالة القضية إلى المفتي أنه لا حقَّ للمجلس في الحكم ببيع حصتها في المنزل؛ إذ القاعدة أنه لا يباع على المدين سوى ما يزيد عن حاجته الضرورية، وعن سكناه. ولذا لا يباع على هذه المرأة ما كان مشغولًا بحاجتها الضرورية من سكنٍ وثيابٍ وما أشبه[١٤]. ويحيل مجلس الأحكام إلى المفتي ما ورد إليه من ديوان الخارجية في (٢٢) شعبان سنة (١٢٨٥هـ) بشأن قضية وراثة لأقارب مسيحيين منظورة بأحد المجالس المحلية، «وقد صار إرسالها لمجلس الأحكام للنظر فيها بطرف حضرة مفتيه، وها هي أيضًا مرسلة طيه، لأجل أن يصير اطلاع فضيلتكم عليها، ويعطي رأي (رأيًا) من حضرتكم في ذلك، وعند الانتهاء ترسل الأوراق لنا لأجل النظر فيها، والعمل بمقتضاها»[١٥]، ولم تكن فتوى المفتي رغم كثرة الأوراق والإفادات والإحالات والأجوبة المنقولة من بعض البطارقة إلا تقريرًا لقاعدة مستقرة، وهي جواز نظر القاضي المسلم في قضية أطرافها غير مسلمين إذا ترافعوا إليه، ورضوا بحكمه، وعدم جواز نقض حكم القاضي الذمي المولَّى من طرف سلطان أهل الإسلام ليحكم بين الذميين بشريعتهم، إعمالًا لقاعدة: «اتركوهم وما يدينون».

ويدلُّ هذا على عظم دور المفتي فيما يتعلَّق بربط الواقع بالأحكام الشرعية، سواء في المحاكم الهندية التي كان يترأسها القضاة الإنجليز حتى منتصف القرن التاسع عشر، أو في محاكم الشمال الأفريقي فترة الاحتلال الفرنسي، أو في المحاكم العثمانية، أو في مجالس الأحكام بمصر التي كانت تقضي بقوانين السياسة، قبل التنظيم القانوني المستحدث في أواخر القرن التاسع عشر.

---

(١٤) الفتوى رقم (٩١٠٨) بتاريخ (١٨) من شعبان (١٢٧٠هـ)، انظر: الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية (مجموع فتاوى الشيخ محمد المهدي العباسي)، تقديم الدكتور شوقي علام، مطبعة دار الوثائق القومية، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م).

(١٥) الفتوى رقم (٥٦٦٨)، بتاريخ (٢٥) من شعبان (١٢٨٥هـ)، ص١٨١.

ويجب التأكيد على التفريق بين هذين النوعين من الإفتاء، وهما: الإفتاء الخاص الذي يتجه إلى ضمير المستفتي ووجدانه في أموره الشخصية، حتى يحقَّ له الالتزام أو عدم الالتزام بما نطق به المفتي. والآخر الإفتاء القضائي الذي يمثِّل رأي الخبرة القانونية المتجهة إلى المحكمة، مما يغلب أن يكتسب صفة الإلزام بمجرَّد أن تصادق عليه المحكمة.

(٤) الاجتهاد القضائي:

يُعرف الاجتهاد القضائي بالنظر إلى الجهد الذي يبذله القاضي، على أنه: بذل القاضي وسعه لاستنباط الحكم وتفسير القانون وتنزيله على الواقع فيما يعرض عليه من خصوماتٍ ونزاعاتٍ لا نصَّ فيها، وَفْقَ إجراءاتٍ معينة، بغية إقرار العدل والإنصاف .ويدلُّ حقُّ القاضي في الاجتهاد على مدى استقلاله في النظر إلى الأدلَّة ومراجعته للوقائع. ويتنوَّع الاجتهاد القضائي بتنوُّع محاكم الشرع والسياسة، كما يتنوَّع بتنوُّع المجال القانوني المجتهد فيه، من جناياتٍ ومعاملات، أو غير ذلك. ولا غنى للقاضي عن الاجتهاد فيما يتضح من حديث معاذ، حينما بعثه النبي ﷺ قاضيًا إلى اليمن، وبانَ من الإجابات الموجزة لهذا القاضي وعيه الكامل بمنهج عمله المتمثِّل في المزاوجة بين اتباع النصِّ، والاجتهاد بالرأي دون تقصير. ولا يبعد كتاب عمر لأبي موسى الأشعري الذي تولَّى منصب القضاء هو الآخر عن ذلك. ويتبيَّن من تتبُّع عمل قضاة الكندي أن مصادرهم في العمل لا تخرج عن النصوص الشرعية والاجتهاد بالرأي لتنزيل هذه النصوص على الواقع.

ولا شكَّ لديَّ في أن الأحكام المتراكمة لهؤلاء القضاة في القرن الأول وما بعده بقليلٍ هي التي حدَّدت المشكلات العملية التي تولَّاها الفقهاء بالنظر، واتجاهات الحلول والأحكام التي يتوقعها الخصوم، والتي استقرت على مرِّ الأجيال. ورغم أن حرية الاجتهاد القضائي مما لم يسمح الفقه بتقييده إلا بعدم مخالفة النص الشرعي المقطوع به، فالثابت أن كثيرًا من الاجتهادات القضائية قد استقرت في المدونات الفقهية عبر الأجيال، مما لا يجوز معه إفراغ الاجتهادات القضائية من الصفة الإلزامية في كل حالٍ.

ويتفق هذا مع الاتجاه الحديث غير التقليدي الذي يرى أن بإمكان القاضي الإسهامَ في خلقِ قواعد قانونية جديدة، من شأنها إثراء الفكر القانوني. وقد يوضِّح ذلك منبرية عليٍّ الخليفة الرابع في العول، والمرأة اليمنية في تخليق المبدأ القاضي بقتل الجماعة بالواحد، وشريح في إقامة مبدأ المسؤولية المطلقة للصنَّاع، والخليفة الرابع في إرساء قاعدة الإهمال المشترك في قضية «القارصة والقامصة والواقصة»، وتشطير الثروة المضافة في فترة الزواج بين الزوجين، مما حكم به ابن عرضون(١٦)، وسبق تفصيله.

ولم ينبع الإلزام في القواعد التي أنشأها الاجتهاد القضائي من إلزامٍ تشريعيٍّ، وإنما أتى من المصالح التي توفرها، والأضرار التي تدفعها، والعدالةً التي تحقِّقها. ويماثل الأمر في ذلك أحكام محكمة النقض، حيث لا يوجد في القانون ما يوجب التزام المحاكم الدنيا بأحكامها، ولكن هذه المحاكم قد تفضِّل الالتزام بأحكام محكمة النقض حتى لا يتعرض حكمها للإلغاء.

ويمتدُّ الاجتهاد القضائي إلى تفسير النصوص، وأخذها من مجالها المحدود إلى آفاقٍ أرحبَ وأوسعَ، كي تشمل المقاصد العامَّة والغايات التي أرادها الشارع. من ذلك أن القاعدة أنه لا ميراث بين أهل ملتَيْن شتَّى، طبقًا للحديث المرفوع. غير أن الحكم في قضية وراثة سليمان بن تدري تركمان قد تطلَّب اجتهادًا خاصًّا من قاضي المنيا ومفتي مصر الشيخ المهدي؛ إذ كان أبوه وأمُّه غير مسلمين، ثم أسلمت الأُمُّ فيما بعد. وقد انقسم الورثة، فبعضهم يدَّعي أن الأُمَّ أسلمت قبل حمله واستمرت على إسلامها إلى حين وضع حملها، على حين تدَّعي هي أنها أسلمت بعد وضع حملها، كي يرث صبيُّها. ويميل القاضي إلى توريث الابن لكونه عصبةً، ومن الصعب حرمانه من الميراث. غير أن المفتي يوجب على القاضي التحري لتحديد الوقت الذي أسلمت فيه الأُمُّ، فإن لم توجد بيِّنة حكمَ القاضي باستحقاقه حصته من نصيب الذين أقروا بإسلام الأُمِّ بعد وضع الولد، دون غيرهم ممَّن أتوا بالبيِّنات الدامغة على إسلام الأُمِّ عند الحمل(١٧). ويمكن القول دون مبالغة بأن

---

(١٦) الحسن المكي، المرأة وحق الشقا، جريدة العلم، في (٢٣/٣/١٩٩٣م).

(١٧) الفتوى رقم (٥٦٧١)، بتاريخ (١٥) محرم سنة (١٢٨٦هـ)، ص١٨٤.

الاجتهادات القضائية ذات المبادئ قد شكَّلت مصدرًا بالغ الأهمية في نموِّ التفكير الفقهي الإسلامي على مرِّ العصور.

(٥) بعض الممارسات الاجتهادية في الفترة الأولى:

تعرض الصحابة بعد وفاة الرسول ﷺ لكثيرٍ من الاختبارات العملية التي شكَّلت المستقبل السياسي والقانوني لمجتمعهم. ولم تكن لهم آلةٌ يعتمدون عليها سوى اللجوء للاجتهاد؛ من ذلك اختيار أبي بكر خليفةً للمسلمين بناءً على موازنتهم بين الشخصيات الصالحة لتولِّي المنصب الرفيع من القرشيين، بعد ثبوت عدم النصِّ على أيٍّ منهم. ولم تظهر مقايسة اختياره للإمامة السياسية على اختيار الرسول له في الصلاة إلا بعد رجحان الاتجاه إلى اختياره للمنصب السياسي. ولا يبدو الاستناد إلى إجماع الصحابة في تولية أبي بكر منصب الخلافة إلا نوعًا من فرض مفهوم الإجماع الذي تبلور فيما بعد لتفسير أحداثٍ سابقة.

ولم يكن قرار أبي بكر في حرب الردَّة إلا اجتهادًا منه للحفاظ على الوحدة التي تحقَّقت للدولة الإسلامية زمن الرسول، بعد أن بدا عزم بعض القبائل على الانفصال. ولم يكن رفض هذه القبائل دفع الزكاة إلى الخليفة إلا تجسيدًا لهذا العزم. ولذا لم يقبل أبو بكر ومَنْ وافقه حجَّة مخالفيهم، وعلى رأسهم عمر، بأنهم مسلمون لا يحلُّ قتالهم، طبقًا لحديث الرسول: «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقِّها».

وكان تشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم عند اجتماعهم مع الزوج والأُم فيما قضى به عمر من الاجتهادات البالغة الدقَّة؛ نظرًا لما أوضحه هذا الحكم من تشبُّث أطراف القضية بالعدالة في مواجهة المعنى الظاهر للنص القرآني المتعلِّق بمواريث الأُم والزوج والإخوة الأشقاء أو من الأُم.

ومنه كذلك اجتهادهم في جمع القرآن وتدوينه بعد أن استحرَّ القتل بالقرَّاء في موقعة اليمامة. ومن اجتهادات أبي بكر أيضًا تسويته بين الناس في

استحقاقاتهم الدنيوية، وإن اختلفت مراكزهم الدينية. وهو ما يتضح في سياساته المساوية في العطاء والمعونات والرواتب بين أصحاب المراكز القانونية المتكافئة، وهو ما اعترض عليه عمر بقوله له: «أتجعل من ترك دياره وأمواله، وهاجر إلى الله ورسوله، كمَنْ دخل في الإسلام كرهًا الآن؟»، فقال أبو بكر: «إنما أسلموا لله، فأجورهم على الله، وإنما هذه الدنيا متاع». وقد غيَّر عمر هذه السياسة عقب توليه، وفاضل بين الناس في العطاء بحسب سابقتهم في الإسلام، وجهدهم في توطيد دعوته.

وقد أرست القضايا التي قضى فيها عمر مبادئَ حاكمةً. من ذلك مبدأ قتل الجماعة بالواحد في قضية المرأة اليمنية التي تلخَّصت وقائعها في اجتماع هذه المرأة وعاشقها وصديق له على قتل ابن زوجها، خشية أن يشي بأمر علاقتها الشائنة إلى زوجها. وقد تردَّد البعض في الحكم بالقصاص من الثلاثة، بالنظر إلى المعنى اللغوي للقصاص الذي يفيد المساواة والمماثلة. وقد ضحَّى عمر بهذه المساواة العددية، وقال قولته المشهورة: «واللهِ لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به».

وقد اتجه الرأي في عهد أبي بكر وعمر إلى عدم جواز بيع أمهات الأولاد، بما ينهي رقهنَّ، ويمنحهنَّ مركزًا خاصًا في الطريق إلى تحريرهنَّ. وقد لقي عثمان معارضة فقهية حينما خالف اجتهاد الخليفتين السابقين، ورأى بيعهنَّ. وتمثَّلت هذه المعارضة في قول عبيدة السلماني له: «رأيك مع أبي بكر وعمر أحبُّ إلينا من رأيك بانفرادك».

ويعكس كتاب عمر إلى قاضيه أبي موسى الأشعري هذه الرغبةَ في ضبط الاجتهاد بالفهم العميق للنوازل غير المنصوص عليها في الكتاب والسُّنة، وبمنهجية مراعاة الأشباه والنظائر، حسبما يفيده قوله: «الفهمَ الفهمَ فيما تلجلج في نفسك، مما ليس في كتاب الله ولا سُنَّة رسوله، ثم اعرفِ الأشباهَ والأمثال، ثم قسِ الأمورَ بأشبهها بالحقِّ». وقد انتهى عثمان إلى توريث المبتوتة في مرض زوجها بالرأي والاجتهاد.

أما الخليفة الرابع علي بن أبي طالب، فتكثر القضايا التي حكم فيها كثرةً بالغةً تستوجب بحثها في دراساتٍ مستقلة، لإفراد المبادئ التشريعية التي أرستها

هذه القضايا. من ذلك قضية الجزار الذي وجِد مع مقتول في خربة، وفي يده سكين ملوَّثة بالدَّم، وأراد الهروب عند توافد الناس على مكان الحادث. ولم يجد الرجل بدًّا إلا أن ينسب القتلَ إلى نفسه أمام الخليفة، إزاء إحاطة هذه القرائن به. لكن مجيء المحققين بشخصٍ آخر ليعترف هو الآخر بالقتل أمام الخليفة أورثه قدرًا من الشكِّ جعله يطلق سراح الاثنين، إيذانًا ببدء تحقيقٍ مستأنفٍ لا يأخذ بظواهر الأمور.

وقد حكم عليٌّ كذلك بمبدأ الإهمال المشترك في قضية القارصة والقامصة والواقصة. وتتلخَّص وقائع القضية في اشتراك ثلاث بنات صغيرات السنِّ في لعبة المهرة والراكبة والسائقة. وقامت السائقة بقرص الفتاة المهرة فقمصت، فوقعت الفتاة الراكبة على عنقها فوقصت، وماتت. وكان قضاء عليٍّ بإنقاص الثلث من ديتها لاشتراكها في هذه اللعبة الخطرة التي أودت بحياتها. ولم يكن اتخاذه قرارات التحكيم في صفين، والحرب على الخوارج في النهروان، بناءً على نصٍّ أو قياس، وإنما هو الرأي والمصلحة السياسية.

ولا تخضع هذه الحالات الاجتهادية للقياس، وإنما تستمدُّ حجيتها التي اكتسبتها في عصرها وفي العصور التالية من اتساقها مع المبادئ التشريعية المتضمَّنة في نصوص القرآن والسُّنة، وعدم تعارضها مع هذه المبادئ، مما أوضحته فيما سلف.

ولم يتوقَّف الاجتهاد بمعناه الواسع في العصور التالية حتى العصر الحديث بالتخريج على أقوال الفقهاء السابقين، والتخيُّر من هذه الأقوال، وبروز أدوار المصلحة والسياسة الشرعية في رسم النُّظم الجنائية والمالية للدولة، على النحو الذي يظهر في معروضات أبي السعود العمادي، وفي تقنينات الدولة العثمانية منذ القرن الخامس عشر.

ولم تلبث النظرية الأصولية أن اعترفت بمشروعية هذه الاجتهادات في القاعدة التي تسبغ على اجتهاد الحاكم سلطةً تبدو مطلقةً في رفع الخلاف واعتماد الرأي الذي يحقِّق المصلحة للعمل به، كما بدا هذا الاعتراف كذلك في إقرار العمل بالسياسة الشرعية، والتفريق بين السياسات العادلة والظالمة لقبول كل ما يحقِّق العدل والرحمة الإنسانية منها تحت جناح الشريعة.

ويهذا أصبحت قوانين الشريعة مرادفةً للعدل، ومناقضةً للظلم. ولم يعد الاجتهاد - نتيجة ذلك - مجرَّد سباحةٍ في فلك النصوص لاستخراج مضامينها، وإنما آلَ إلى كونه جهادًا لتحقيق العدل بين الناس، ورفعِ الظلم عنهم، بتطبيق معايير عديدة، مستخرجة من النصوص وتفسيراتها المتأثرة بالرؤى الاجتماعية، والأعراف السائدة، والمصالح المقبولة.

وقد تكفي الإشارة إلى الطريقة التي حكم بها عام (١٧١٣م) قاضي مدينة «جانقري» بشمال الأناضول في قضية مصطفى الذي اغتصبه أربعة رجال عندما كان في طريقه بعد المغرب لعلف حصانه؛ فقد أجَّل القاضي حكمه بإعدام هؤلاء الأربعة، رغم وجود النص القانوني بالقتل للواط، ريثما تمكَّن من أخذ رأي المفتي الحنفي الذي أوجب قتلهم طبقًا لأحكام المذهب، مع دعوته ودعوة والي المنطقة ووجهائها وبعض عامتها، لحضور مجلس الحكم. واستدعى هذا القاضي الحذر عشرين شاهدًا للإدلاء بشهادتهم التي تطرقت إلى السلوك الإجرامي للمتهمين، وتكرُّر وقوع مثل هذه الأفعال المشينة منهم. وأعاد القاضي محاكمة المتهمين بتلخيص ما حدث منهم أمام الحضور، واستجوابهم، ليقروا بفعلتهم دون ضغطٍ أو إكراه.

وتكثر عقوبة طرد المستأجرين من مساكنهم في هذه الفترة إذا لم يرضَ عنهم جيرانهم لسوء سلوكهم أو بذاءة لسان زوجاتهم أو أخذهم أموال جيرانهم غصبًا أو سرقةً. والإجراء المتبع في مثل هذه القضايا أن يتجه عددٌ من قاطني الحيِّ إلى القاضي بالشكوى من سوء تصرفات هؤلاء السكان.

ومن أمثلة الأسباب «الموجودة بالسجلات أن يكون للمدَّعى عليه زوجة تؤذي مشاعرنا دائمًا بسبِّنا جميعًا بألفاظها البذيئة، وأنه عاجز عن السيطرة عليها»[١٨]. وقد أشرت من قبل إلى حكم ابن عرضون في تشطير الثروة المستفادة في أثناء الزواج، لتأخذ الزوجة نصفها، مما أخذ به قانون المغرب وإندونيسيا وماليزيا في العصر الحديث[١٩]. ومنه كذلك العقاب بالسجن في أماكن نائية كالسودان للمصريين على القتل بالسُّم، خلافًا لما كان عليه الأمر في المذهب الحنفي.

---

(١٨) رودلف بيترز، الجريمة والعقاب في الشريعة، ص١٣٤.

(١٩) نوازل العلمي (٢٣٨/١)، وحاشية الرهوني على الزرقاني، طبعة بولاق، مصر، =

ويتسع فقه النوازل وأحكام القضاء الموجودة بملايين السجلات المحفوظة في دور الوثائق بالبلاد العربية والإسلامية بما لا يمكن إحصاؤه من الاجتهادات. ولا تشير المدونات الفقهية إلا إلى بعضها، مثل التوسُّع في الشروط المقبولة في العقود والاستثناءات في ضمان المنافع عند الأحناف، وتصحيح بيع الوفاء، وإجازة بعض أنواع الشركات، وما إلى ذلك مما يدلُّ على استمرار تدفُّق مَعين الاجتهاد.

ويستند استمرار الاجتهاد وتدفقه هذا التدفق مع الأساس القاضي برعاية الأحكام الشرعية للمصالح والغايات على النحو الذي بسطه الشاطبي في مرحلة متأخرة من تطوُّر التفكير الفقهي، وذلك بخلاف الاتجاهات المتأثرة بالمذهب الأشعري القاضي بأن الأحكام الشرعية توقيفيةٌ وغير معلَّلةٍ بعلَّة. وتتناقض هذه الاتجاهات مع ضرورات التفكير الفقهي. وهو ما يتناقض معه شيخنا علي حسب الله بقوله: «إن إبطال الحِكم والغايات التي شُرعت من أجلها الأحكام إبطالٌ للشرع، ولا يصحُّ للقائل به أن يشتغل بالفقه، لتعذُّر الحكم في غير المنصوص عليه من غير مراعاة المصالح»[٢٠].

(٦) شروط المجتهد:

بذل الأصوليون عنايتهم منذ أول الأمر بالنظر في الشروط الواجبة فيمن يتصف بالاجتهاد لعدَّة أسباب، منها تبرير التقليد لمن لم يستجمع هذه الشروط، وإن كان عالمًا طبَّقت شهرته الآفاق، ومنها كذلك تحقيق الاستقرار المذهبي بحصر المذاهب المعتمدة في الأئمَّة المعروفين بقدراتهم الخاصَّة وكفاءاتهم وتقواهم التي أسبغها عليهم أدب المناقب، فضلًا عن الرغبة في تأكيد مرجعية الاجتهاد للعلم بالنصوص.

والمبدأ العام الذي انطلق منه الشافعي وغيره أنه لا يسوغ: «لأحدٍ أن

= (١٣٠٦هـ)، (٤/ ٣٦)؛ والجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب للوزاني، الطبعة الحجرية، (٧/ ٣٨٠).

(٢٠) علي حسب الله، أصول التشريع، ص٢٥٧-٢٥٩.

يقول في شيءٍ: حلٌّ ولا حَرُمَ، إلَّا من جهة العلم. وجهةُ العلم الخَبَرُ في الكتاب أو السُّنة، أو الإجماعُ أو القياس»[21]، ويؤكِّد الشافعي هذا المعنى في معرض رفضه للاستحسان بأن العالم الذي يقول بلا خبرٍ ولا قياسٍ أقربُ إلى الإثم ممَّن يقول بغير علمٍ[22]. ويعدِّد الشافعي شروط الاجتهاد بأنها: «العلمُ بأحكام كتاب الله: فرضِهِ وأدبه، وناسخه ومنسوخه، وعامِّه وخاصِّه، وإرشاده» مع العلم «بما مضى قبلَه من السُّنن، وأقاويلِ السلف، وإجماعِ الناس واختلافهم، ولسانِ العرب»، مع صحَّة عقلٍ وقدرة على التثبُّت، والاستماع لمن يخالفه، «والإنصاف من نفسه، حتى يعرفَ من أين قال ما يقول، وترك ما يترك». وليس الواجب العلم عن طريق الحفظ، وإنما الوصول إلى «حقيقة المعرفة»[23].

ولم يخرج عن وجوب استجماع هذه الشروط من أتوا بعده؛ إذ يذكر الجصاص (ت: ٣٧٠هـ) أن الرجل لا يكون: «من أهل الاجتهاد في طلبِ أحكام الحوادث حتَّى يكون عالمًا بجُمل الأصول: من الكتاب، والسُّنة الثابتة، وما ورد من طريق أخبار الآحاد، وما هو ثابت الحكم منها مما هو منسوخ، وعالمًا بالعامِّ والخاصِّ منها، ويكون عالمًا بدلالات القول بالحقيقة والمجاز، ووضع كلٍّ منه موضعه، وحمله على بابه. ويكون مع ذلك عالمًا بأحكام العقول ودلالاتها، وما يجوز فيها مما لا يجوز. ويكون عالمًا بمواضع الإجماعات من أقاويل الصحابة والتابعين، ومَنْ بعدهم من أهل الأعصار قبله، ويكون عالمًا بوجوه الاستدلالات، وطرق المقاييس الشرعية، ولا يكتفي في ذلك بعلمِهِ بالمقاييس العقلية؛ فمن كان بالمنزلة التي وصفْنا جاز له الاجتهادُ في أحكام الحوادث، وردِّ الفروع إلى أصلها، وجاز له الفُتْيا بها إذا كان عَدْلًا»[24].

ويفصل الجويني هذه الشروط، فيذكر أنه لا بدَّ في المفتي أن يكون بالغًا، عالمًا باللغة العربية دون وجوب التعمُّق فيها، وأن يكون عالمًا بالنحو

---

(٢١) الرسالة للشافعي، فقرة (١٢٠)، ص٣٩.

(٢٢) نفسه، فقرة (١٤٦٧)، ص٥٠٨.

(٢٣) نفسه، ص٥٠٨-٥١١.

(٢٤) الفصول في الأصول للجصاص (٤/ ٢١٧).

والإعراب، وبالقرآن وناسخه ومنسوخه؛ فإنه أصلُ الأحكام، ومنبعُ تفاصيل الإسلام، مع علم بالحديث وتمييز الصحيح المقبول من غيره، ومعرفة بالفقه والأحكام الثابتة المستقرة، مع اشتراط «فقه النفس؛ فهو رأس مال المجتهد»[25].

ويسلك الغزالي مسلكًا مختلفًا، وذلك ببيانه الشروط اللازمة للمجتهد مع قرنها بأوجه التخفيف في هذه الشروط؛ إذ يوجب العلم بكتاب الله، لأنه الأصل. والتخفيف أنه لا يشترط معرفة جميع ما فيه، بل تكفي معرفة آيات الأحكام وحدها، وهي خمسمائة آية، كما لا يشترط حفظها، وإنما يكفي العلم بمواضعها، حتى يستطيع طلبَ الآية المحتاج إليها في وقت الحاجة[26]. ويشترط كذلك العلم بأحاديث الأحكام، وعددها فيما ينقله الماوردي خمسمائة حديث[27]. والتخفيف في هذا الشرط أنه لا يلزم حفظ هذه الأحاديث، ولا معرفة أحاديث المواعظ، وأمور الآخرة. وعلى المجتهد أن يكون عالمًا كذلك بمواقع الإجماع. والتخفيف فيه أنه لا يلزمه أن يحفظ جميع مواقع الإجماع والخلاف، وإنما يكفيه أن يعلم ما يتعلَّق من ذلك بالمسألة التي يفتي فيها. وعليه كذلك: «أن يرجع في كل واقعةٍ إلى النفي الأصلي والبراءة الأصلية، ويعلم أن ذلك لا يُغيَّر إلَّا بنصٍّ أو قياسٍ على منصوص»[28].

ويستعيد الغزالي اشتراطات العلم باللغة والنحو، وأنواع الأدلَّة العقلية والشرعية، وأصول الاعتقاد. والتخفيف فيه أنه لا يشترط أن يبلغ درجات المتخصِّصين في هذه العلوم. وعليه كذلك أن يكون ملمًّا بالناسخ والمنسوخ. والتخفيف فيه ألَّا يشترط حفظ مواضعهما، بل يكفي أن يتأكَّد فيما يستند إليه من النصوص أنها ليست منسوخةً. ويشترط فيما يخصُّ السُّنة معرفة الرواية وتمييز الصحيح منها عن الفاسد، والمقبول عن المردود. والتخفيف فيه: «أن كل حديثٍ يُفتَى به مما قبلته الأمَّة، فلا حاجة به إلى النظر في إسناده»[29]. أما

---

(٢٥) البرهان للجويني (٢/ ١٣٣٢).

(٢٦) المستصفى (٢/ ٣٥٠).

(٢٧) البحر المحيط (٦/ ٢٠٠).

(٢٨) المستصفى (٢/ ٣٥١).

(٢٩) نفسه (٢/ ٣٥١).

النزول عن معرفة أحوال الرواة وعدالتهم «فهو تقليد، وذلك بأن يقلِّد البخاري ومسلمًا... وإنما يزول التقليد بأن يعرف أحوال الرواة بتسامع أخبارهم وسيرهم، ثم ينظر في سيرهم أنها تقتضي العدالة أم لا. والتخفيف فيه أن يكتفي بتعديل الإمام العدل بعد أن عرفنا أن مذهبه في التعديل مذهبٌ صحيح؛ فإن المذاهب مختلفةٌ فيما يعدل به ويجرح»(٣٠). وعن أحمد بن حنبل وجوب العلم بطرق الحديث، ليصحَّ الحكم عليه والفتيا به(٣١).

ويكرِّر الآمدي الشروط ذاتها؛ فيلزم المجتهد استجماع الشروط التالية:

أ - «العلم بوجود الربِّ تعالى، وما يجب له من الصفات ويستحقه من الكمالات، وأن يكون مصدقًا بالرسول وما جاء به من الشرع المنقول، ولا يشترط أن يكون عارفًا بدقائق علم الكلام متبحرًا فيه كالمشاهير من المتكلِّمين، بل أن يكون عارفًا بما يتوقف عليه الإيمان»(٣٢).

ب - العلم بمدارك الأحكام الشرعية وكيفية استنباطها من هذه الأدلَّة ووجوه الدلالات ومراتبها وطرق الترجيح بينهما، ولا يلزم الإلمام بكل شيء على وجه الإطلاق، وإنما يلزمه الإلمام بما يتعلَّق بالمسألة موضوع الاجتهاد، ولا يضره جهله بما لا يتعلَّق بها، ولا يُشتَرط في المفتي أن يكون عالمًا بجميع أحكام المسائل ومداركها، فإن ذلك مما لا يدخل في وسع البشر؛ ولهذا نُقِلَ عن مالكٍ أنه سُئل عن أربعين مسألةً، فقال في ستٍّ وثلاثين منها: لا أدري(٣٣).

ج - العلم باللغة العربية إلى الحدِّ الذي يستطيع معه أن يفهم النصَّ، وقد أشار الشافعي في رسالته إلى هذا المعنى، وأن الله خاطب العرب بكتابه بلسانها على ما تعرف من معانيها، وأنه لا يصحُّ لمن جهل بطرائق العرب في التعبير عن المعاني أن يتطلَّع إلى بلوغ رتبة الاجتهاد.

---

(٣٠) المستصفى (٢/ ٣٥٢).

(٣١) البحر المحيط (٦/ ٢٠٠).

(٣٢) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/ ١٤٢).

(٣٣) نفسه (٢/ ١٤٣).

هـ - العلم بمقاصد الشريعة وآيات الأحكام والسُّنن التشريعية ومواضع الإجماع، ولا يشترط أن يستحضر كل هذا في ذهنه، أو أن يحفظه؛ وإنما عليه أن يكون عارفًا بمحاله والمواضع التي يرجع إليها لطلب ما يريده منها.

ومرجع هذه الشروط - فيما يقرِّره الغزالي - إلى العلم بثلاثة فنون، وهي: علم الحديث، وعلم اللغة، وعلم أصول الفقه[٣٤]. ويدلُّ التخفيف في هذه الشروط على الاتجاه إلى نوعٍ من الواقعية، والسعي إلى قبول أعدادٍ من المجتهدين المؤهلين لممارسة الاجتهاد داخل المذاهب الفقهية، مما يسَّر ظهور فئة المجتهدين المنتسبين داخل المذاهب، وفقهاء الترجيح والتخيير الذين حملوا ألوية استمرار التفكير الفقهي المستقل وتطوير هذا التفكير.

وفي هذا الاتجاه إلى تخفيف الشروط اللازمة للاجتهاد، يقرِّر شيخ الأزهر الأسبق محمد مصطفى المراغي في بحثه القيم عن الاجتهاد في الشريعة أنه ليس مما «يلائم سمعة المعاهد الدينية في مصر أن يقال عنها إن ما يدرس فيها من علوم اللغة والمنطق والكلام والأصول لا يكفي لفهم خطاب العرب ولا لمعرفة الأدلَّة وشروطها. وإذا صحَّ هذا فيا لضيعة الأعمار والأموال التي تنفق في سبيلها... وإني مع احترامي لرأي القائلين باستحالة الاجتهاد أخالفهم في رأيهم، وأقول إن في علماء المعاهد الدينية في مصر من توافرت فيهم شروط الاجتهاد ويحرم عليهم التقليد»[٣٥]. ويكاد التشدُّد في شروط الاجتهاد أن يعود عليه باستحالة وقوعه، وهو ما قصد المراغي إلى تجنُّبه.

(٧) تجزئة الاجتهاد:

يُقصَد بتجزؤ الاجتهاد: وصول العالم إلى رتبة الاجتهاد في موضوعاتٍ فقهية دون غيرها، كأن يشتغل بالبيوع والعقود أو بالجنايات والعقوبات، فيعرف ما يتعلَّق بها من آياتٍ وأحاديثَ ومقاصدَ وآراءٍ فقهيةٍ وإجماعاتٍ، ويتخصَّص

---

(٣٤) المستصفى (٢/ ٣٥٣).

(٣٥) رسالة الإسلام، العدد (٤/ ٣٧٤) وما بعدها، السنة الأولى؛ والعدد (٣/ ٢٣٩) وما بعدها، السنة الأولى.

في هذا الذي اشتغل به دون غيره من الموضوعات الفقهية، وفي حكم التجزؤ اختلف العلماء على رأيين:

أولهما: جواز تجزؤ المجتهد، وحقه التخصُّص في بعض الموضوعات، وقدرته على بلوغ رتبة الاجتهاد في الفرع الفقهي الذي يتخصَّص فيه؛ حتى يستطيع الترجيح بين الآراء المختلفة والإفتاء برأيه في بعض المسائل المستحدثة. ودليل هؤلاء أن الإلمام بفروع المعارف المختلفة اللازمة للاجتهاد في المسائل كلِّها أمرٌ يصعب تحقُّقه في شخصٍ واحدٍ.

والميسور أن يدرك العالم ما يتعلَّق بموضوعه الذي قد يتخصَّص فيه حتى يستطيع أن يفتي في مسائله. وهذا هو مذهب الغزالي الذي يبيِّنه بقوله: «وليس الاجتهاد عندي منصبًا لا يتجزَّأ، بل يجوز أن ينال العالم منصب الاجتهاد في بعض الأحكام دون بعض»[٣٦]. وهو ما أخذ به الآمدي في ذهابه إلى التفريق بين المجتهد المطلق المتصدي للحكم والفتوى في جميع مسائل الفقه، والمجتهد في بعض المسائل، وينبِّه إلى أنه لا يشترط في المجتهد في مسألةٍ معيَّنة سوى المعرفة بما له تعلُّق بتلك المسألة وما لا بدَّ منه فيها، ولا يضره في ذلك جهله بما لا تعلُّق له بها مما يتعلَّق بباقي المسائل الفقهية[٣٧]. ولا يبعد ما قرَّره الغزالي في ذلك، فالشرط عنده في المجتهد أن يكون على بصيرةٍ فيما يفتي، فيفتي فيما يدري، ويميز بين ما يدري وما لا يدري، ويتوقف عن الإفتاء فيما لا يدري[٣٨].

والثاني: عدم جواز تجزؤ الاجتهاد؛ لأن الشريعة الإسلامية متصلةُ الأجزاء متماسكةُ الأطراف، فلا يستطيع العالم ممارسة الاجتهاد عن طريق الإحاطة ببعض أجزائها دون البعض الآخر؛ ولذا لا يكون العالم مجتهدًا في المعاملات وغير مجتهدٍ في العقوبات؛ لأنه لا يكون جامعًا في ذاته بين متناقضين، وهما: الاجتهاد والتقليد، وهذا غير جائز؛ لأن الاجتهاد ملكةٌ

---

(٣٦) المستصفى (٢/ ٣٥٣).

(٣٧) نفسه (٢/ ١٤٢).

(٣٨) نفسه (٢/ ٣٥٤).

يقتدر بها المجتهد على فهم النصوص واستنباط الحكم فيما لا نصَّ فيه، فإذا تحقَّقت هذه الملكة كان قادرًا على الاجتهاد في الموضوعات كلِّها، وإن لم تتكوَّن للعالم هذه الملكة لم يكن قادرًا على الاجتهاد.

وقد مالَ جمهور العلماء في القديم والحديث إلى تجزؤ الاجتهاد، وإمكان وصول العالم إلى الاجتهاد في موضوعاتٍ معيَّنة توفَّر على دراستها والإحاطة بجوانبها المختلفة، بحيث يعرف أقوال العلماء فيها ومواضع إجماعهم، وما جدَّ من المشكلات والأعراف الخاصَّة والعامَّة فيما يتعلَّق بهذه المشكلات ومصالح الناس وأوجه النظر في هذه المشكلات، ويتجه كثيرٌ من هؤلاء إلى الاستدلال على رأيهم في تأييد تجزؤ الاجتهاد بالأدلة التالية:

أ - صعوبة توافر الاجتهاد المطلق في مسائل الفقه كلِّها، لقصور طاقة البشر عن إمكان استيعاب أحد الأفراد لهذه المسائل كلِّها، ومن الواضح أن صعوبة الاستيعاب للمسائل الفقهية بأجمعها في ضوء تعقُّد العلاقات الاجتماعية وتوالي النوازل والأمور المستحدثة وكثرتها، هو الذي يوجب التخصُّص في الفقه، واشتغال البعض بالمعاملات التجارية، والبعض الآخر بالفقه الجنائي أو المالي أو أي فرعٍ آخر من الفروع الفقهية والقانونية.

ب - لا تتحقَّق القدرة على الاستنباط طفرةً أو دفعةً واحدةً، بل تتحقَّق على سبيل التدريج، فإنه: «يستحيل حصول اجتهادٍ مطلق غير مسبوقٍ بالتجزي، للزوم الطفرة»[٣٩].

ج - امتناعُ كثيرٍ من المجتهدين عن الإجابة في عددٍ من المسائل التي استفتوا فيها، فقد سُئل مالك - كما تقدَّم - عن أربعين مسألةً، فأفتى في أكثرها بقوله: لا أدري، وهو يدلُّ على أن الاجتهاد متجزئ بطبيعته، فإن الإحاطة بكل شيء فوق طاقة البشر.

ويبدو لي أن الارتقاء بالدراسات الفقهية يستلزم التخصُّص في بعض فروعه، والتوفُّر على معرفة هذا البعض حتى يصل المرء فيه إلى أعماق

---

(٣٩) محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ص٥٨٢.

التخصُّص من جوانبه النظرية والعملية. وليس هذا منهجًا تفرضه فحسب دواعي التخصُّص في العصر الحديث، بل هو منهجٌ تدلُّ عليه بعض الشواهد في عصر الصحابة كذلك، فقبد برع زيد بن ثابت في الفرائض والمواريث، حتى شُهد بأنه كان أفرضَ الصحابة وأعلمهم بهذا الفرع(٤٠).

ومع هذا كلِّه، فقد انتهى المرحوم عبد الوهاب خلاف إلى القول بأن: «الاجتهاد لا يتجزَّأ، أي إنه لا يتصور أن يكون العالم مجتهدًا في أحكام الطلاق وغير مجتهدٍ في أحكام البيع، أو مجتهدًا في أحكام العقوبات وغير مجتهدٍ في أحكام العبادات؛ لأن الاجتهاد أهليَّةٌ وملكةٌ يقدر بها المجتهد على فهم النصوص واستثمار الأحكام الشرعية منها، واستنباط الحكم فيما لا نصَّ فيه؛ فمن توافرت فيه شروط الاجتهاد وتكوَّنت له هذه الملكة لا يتصور أن يقتدر بها في موضوعٍ دون آخر»(٤١).

ويختلف هذا الرأي مع اتجاه الأكثرية ومع ما تفرضه الظروف الحديثة من التخصُّص بعد أن تعقَّدت العلاقات وكثرت التفريعات والاجتهادات. ومن جهة أخرى، فإن النظر إلى الملكة الفقهية على أنها قدرةٌ ذاتية توجد كاملة، وتلمُّ بكل شيء أو لا توجد، أشبه بالنظر إلى الطبيب المتخصِّص في العيون على أنه لا حقَّ له في إجراء عملية جراحية في تخصُّصه؛ لأنه لا يستطيع إجراء جراحة في القلب أو في الأذن.

والحقُّ مع الدكتور وهبة الزحيلي في إدراكه أهمية الاجتهاد الجزئي، رغم التحفُّظ الشديد على تعليله لهذا الرأي. وتقديره أن هذا الاجتهاد: «كان هو النافذة التي استطاع بها العلماء تخفيف غلواء سدِّ باب الاجتهاد، نزولًا تحت

---

(٤٠) لعل من المفيد نقل بعض ما جاء في شرح مسلم الثبوت في هذه المسألة، حيث ورد فيه- مع المستصفى (٢/ ٣٦٤) -: «اختلف في تجزي الاجتهاد، بأن يكون مجتهدًا في بعض المسائل دون البعض... فالأكثر قالوا: نعم يتجزَّأ الاجتهاد، ومنهم الإمام حجَّة الإسلام الغزالي، والشيخ ابن الهمام، ويلوح رضا صاحب البديع به أيضًا، وهو الأشبه بالصواب». «وذهب آخرون إلى المنع؛ لأن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها في نوعٍ آخر منه». وقد نبَّه ابن بدران – في «المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، ص١٨٣ – إلى ترجيح القول بتجزؤ الاجتهاد.

(٤١) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص٢٦٠.

عامل الضرورة أو الحاجة التي صادفت العلماء في كل زمنٍ للإفتاء في حكم الحوادث المتجدِّدة»[٤٢].

ويبدو الأمر لي وكأن الاجتهاد الجزئي هو الاجتهاد المتاح الآن، وهو الذي كان متاحًا في أغلب الأحوال في الماضي أيضًا.

(٨) إغلاق الاجتهاد وفتحه:

يتناول الأصوليون موضوع غلق باب الاجتهاد تحت عنوان: «**خلو العصر عن المجتهدين**». ومن المثير للعجب أن يتجه الأكثرون إلى القول بجواز خلو العصر عن المجتهد. وعند الرافعي أن الخلق كالمتفقين على أنه لا مجتهد اليوم، وهو ما تفيده عبارات الرازي والغزالي[٤٣].

ولا يعني ذلك أكثر من التسليم بانحصار المذاهب المعتمدة عند أهل السُّنة في هذه الأربعة المعروفة، حيث إن المقصود هو جواز خلو العصر عن المجتهد المؤهل تأهيلًا خاصًا، يرقى به إلى رتبة الاجتهاد المطلق الذي يمكِّنه من تأسيس مذهبه المستقل عن غيره، وسط ظروفٍ معينة تساعد على اتباع مذهبه. ومع هذا، فقد ذهب الحنابلة وآخرون إلى أنه لا يجوز خلو العصر عن مثل هذا المجتهد؛ لأن الاجتهاد فرض كفاية.

أما المجتهد المنتسب إلى أيٍّ من هذه المذاهب، فالأرجح - عند الزركشي وغيره - عدم جواز خلو العصر عنه؛ لأن عليه متابعة النوازل الحادثة، وتعيين الحكم الشرعي فيها، بما يحقِّق العدل الواجب في الحكم بين الناس. ويعبِّر القفال والقاضي أبو الحسين وأمثالهما عن حالة مثل هذا المجتهد بقولهما: «لسنا مقلدين للشافعي، بل وافق رأينا رأيه»[٤٤]. ولا يختلف اثنان فيما يقرِّره الزركشي في بلوغ ابن عبد السلام وابن دقيق العيد رتبة الاجتهاد[٤٥].

---

(٤٢) أصول الفقه (٢/ ١٠٧٧).

(٤٣) البحر المحيط للزركشي (٤/ ٤٩٧)، دار الكتب العلمية.

(٤٤) نفسه (٤/ ٤٩٨).

(٤٥) نفسه (٤/ ٤٩٨).

وقد نبغ كثيرون في المذاهب المختلفة من أمثال هؤلاء لضرورات القيام بوظيفة مثل هذا المجتهد في المجتمع على مستويات الإفتاء والقضاء والفقه.

وإنما دار هذا النقاش لتحقيق هدفين متقابلين: **أولهما** الحفاظ على التمذهب، **والآخر** التسليم بأهمية الدور الذي قدَّمه الاجتهاد على مرِّ العصور.

وقد بالغ الكثيرون في إعلاء الهدف الأول على حساب الآخر. ويبدو هذا جليًّا فيما أفتى به الكرخي الحنفي في القرن الرابع الهجري؛ إذ يوجب حمل كل آيةٍ أو حديثٍ يخالف مذهب أصحابه على أنه منسوخٌ أو مؤوَّل على غير معناه الظاهر. وقد استنتج الكثيرون من ذلك، ومن عدم ظهور شخصياتٍ في وزن أئمَّة المذاهب قرونًا عديدة، أن باب الاجتهاد قد أُغلق منذ منتصف هذا القرن.

وانهمك البعض في رصد الأسباب التي أدت إلى إغلاق باب الاجتهاد، وتمادى آخرون فتنادوا بوجوب فتح باب الاجتهاد، ودخلوا في حوار مع فريق افترضوا أنه يخالفهم الرأي، ويوجب العمل على اتخاذ الوسائل الكفيلة باستمرار إغلاق باب الاجتهاد.

وقد ناقش السيوطي القائلين بجواز خلو العصر عن المجتهدين في رسالة كاملة بعنوان: **«الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض»**، ونقل عن جمهور كبير من العلماء والفقهاء ابتداءً من الشافعي إلى البغوي والماوردي وإمام الحرمين والغزالي والنووي والرافعي وابن الصلاح والعز بن عبد السلام والزركشي، وابن القصار والقرافي من فقهاء المالكية وغيرهم، ممَّن نبهوا على أن الاجتهاد من فروض الكفايات التي لا يسع تركها في أيِّ عصر.

وفضلًا عن ذلك، ينقل وجوب تحصيل المفتي والقاضي رتبة الاجتهاد؛ إذ لا يجوز تولية الجاهل والمقلِّد[٤٦]. وهو مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة أيضًا[٤٧]. وقال القاضي أبو يعلى الفراء: «ومن لم يكن من أهل الاجتهاد لم يجز له أن يفتي ولا يقضي، فإن قلَّد القضاء كان حكمه باطلًا».

---

(٤٦) البحر المحيط للزركشي (٤/٤٩٦).

(٤٧) الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي، مكتبة الثقافة الدينية، (بدون تاريخ)، ص١٥.

ويشترط البعض في مشوري القاضي ونوَّابه إن كانوا يساعدونه في الحكم أن يكونوا من أهل الاجتهاد(٤٨). وإذا كان ادعاء خلو العصر عن المجتهدين في واقع الأمَّة هو المعيار الذي يستند إليه القائلون بإغلاق باب الاجتهاد الفقهي، فالذي لا شكَّ فيه هو استمرار ظهور نوابغ الفقهاء في العصور المتتابعة، والذين لم تنزل ملكتهم الفقهية عمَّا كان عليه سابقوهم. وتكفي الإشارة إلى المرغيناني والسرخسي والكاساني وابن عابدين، وابن رشد الجد والحفيد والحطاب وخليل والونشريسي، والنووي والرملي وابن حجر وغيرهم.

ويؤيد استمرار الاجتهاد بعد القرن الرابع الهجري في البيئات الإسلامية أن هذا القرنَ قد شهد طفرةً في الاجتهاد عند الشيعة، واستمرت في الصعود في القرن التالي بظهور أمثال الشيخ المفيد (ت: ٤١٣هـ)، والسيد المرتضى (ت: ٤٣٦هـ)، والطوسي (ت: ٤٦٠هـ)(٤٩).

وهذه القصة المفتراة من أولها إلى آخرها حول إغلاق باب الاجتهاد لا تعكس حقيقة النقاش المشار إليه؛ إذ لم يتوقف اجتهاد القضاة والمشتغلين بالعمل القانوني في المحاكم حتى عصرنا الحديث الذي أُجبر فيه الفقه الإسلامي على إخلاء الطريق لتطبيق القوانين المستمدَّة من القوانين الأوروبية في تجربةٍ لم يشهد لها التاريخ مثيلًا. وقد كان الترويج في العصر الحديث لفكرة إغلاق باب الاجتهاد التاريخية من الأفكار الملائمة لهذا الدور الجديد.

ويؤدي تغيير تاريخ وقف الاجتهاد في النظام القانوني الإسلامي من تاريخ استبدال نظمٍ غربية الأصل به لمنتصف القرن الرابع الهجري إلى خطأ فادح، سواء في تحليل عمل هذا النظام في الماضي، أو في استثمار طاقاته في الحاضر.

ولا يثير قلق أحدٍ القول بانتهاء الاجتهاد المطلق الذي يبدأ فيه العالم من البداية، ويتجاهل آراء غيره، ولا يقبل الاستناد إلَّا إلى الأصول التي استخلصها

---

(٤٨) الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي، ص٢٠.

(٤٩) عدنان فرحان، كليات أدوار الاجتهاد وأطواره، منشورات المركز العالمي للدراسات الإسلامية، (٢٠١٢م)، ص٢٤.

هو بنفسه؛ لأنه في الحقيقة اجتهادٌ لم يوجد. إذ الواقع أن كل إمامٍ قد بدأ من حيث انتهى الآخرون السابقون عليه. وينطبق ذلك على أبي حنيفةً وغيره من رؤساء المذاهب الأخرى؛ فقد جاء أبو حنيفة تتويجًا لجهود سابقيه في مدرسة الكوفة ابتداءً من عبد الله بن مسعود وتلاميذه مسروق وغيره، ثم إبراهيم النخعي والشعبي، وحماد بن أبي سليمان. وكذلك جاء مالكٌ هو الآخر استكمالًا لجهود سابقيه في مدرسة المدينة، ابتداءً من جيل الصحابة، وفقهاء المدينة السبعة، وسعيد بن المسيب، وربيعة الرأي وغيرهم.

(٩) الاجتهاد في العصر الحديث:

تمسُّ الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحديث في إطار سعي الدول الإسلامية إلى بناء نهضتها، ولا يبعد أن يكون هذا الاجتهاد أهمَّ وسائل بناء هذه النهضة؛ ولذا فقد توارد المصلحون المحدثون على الدعوة إليه والمطالبة به، نلمس ذلك في دعوة الإمام محمد عبده إلى ممارسته والمطالبة بالخروج من أَسْرِ التقليد الذي يُعَدُّ - في رأيه - هو المسؤول الأول عن الضعف والخمول الذي آلت إليه أحوال المسلمين.

ومن الطريف الإشارة إلى ما سُمي بحادثة المجتهدين في دمشق عام (١٨٩٥م). وفي هذه الحادثة، جرى تقديم عددٍ من أبرز علماء الشرع في هذه الفترة للمحاكمة، ومن بينهم عبد الرزاق البيطار وجمال الدين القاسمي. وقد عقد لهم المفتي مجلسًا خاصًّا في المحكمة الشرعية، ووجَّه إليهم تهمًا عديدةً تتمثَّل في التطلُّع للاجتهاد، وقراءة الحديث والتفسير بدلًا من كتب الفقه، ومراجعة أدلَّة الفقهاء.

ورغم أن القاضي قرَّر إطلاق سراحهم، لأنه لم يجد ما يستوجب الإدانة، فإن هذه الحادثة تعبِّر عن الصراع بين الفكر الرسمي الذي يسعى إلى فرض التقليد المذهبي، وهؤلاء الذين يتطلعون إلى الاجتهاد، وإعادة النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم.

وتدلُّ هذه الحادثة على أن الحرية السياسية قد تكون أحيانًا شرطًا أساسيًّا

لإطلاق حرية الاجتهاد، مما يدلُّ بمفهوم المخالفة على أن التقليد والتسلُّف أقربُ إلى النُّظم الشمولية المولعة بالاستقرار وفرض ما هو قائم.

وقد يُعَدُّ محمد عبده أعلى الأصوات في الدفاع عن الحقِّ في الاجتهاد. وقد مارس هو هذا الحقَّ في عددٍ من الفتاوى التي خرج فيها على آراء معاصريه المعتقدين بالتمذهب والتقليد، بل وفي تفسير النصوص الشرعية تفسيرات تتسم بالجدَّة والابتكار وتتفق مع الميول السائدة.

وعلى سبيل المثال، فإن رأيه في المنع من تعدُّد الزوجات إذا انطوى على خوف الظلم في معاملتهنَّ، يعبِّر عن هذا الاجتهاد الذي دعا إليه هذا الإمام؛ ذلك أنه يجمع بين قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، وقوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩]، ويفسِّرهما بأن الذي يُستخلَص من مجموع ما في الآيتين أنه لا يجوز الزواج بأكثر من واحدةٍ إن خيف عدم العدل طبقًا للنص القرآني، ناهيك عن التيقُّن من الوقوع في الظلم الذي لا تخطئه العين الملاحظة لأحوال التعدُّد في عصورنا، حيث يشيع الحقد بين الزوجات وأولادهنَّ. ويكاد محمد عبده لا يبيح التعدُّد إلَّا إذا وُجِدَ سبب معقول يلجئ إليه، كما هو الحال إذا كانت الزوج عقيمًا أو مريضةً لا تستطيع معه القيام بواجبات الحياة الزوجية.

وقد تطلَّع مجدِّد آخر هو الفيلسوف محمَّد إقبال إلى تبنِّي الاجتهاد باعتباره الأسلوب الضروريَّ لبعث الحركة والحيوية في المجتمعات الإسلامية، بناءً على أن الشخص الذي «تتناوله سلسلة من نفس الأفكار المتكرِّرة ونفس الشعور المتكرِّر، لا تنتابه أفكار وشعور مطلقًا، وهذا هو نصيب معظم الأمم الإسلامية اليوم، فهم يكرِّرون القول بالقيم التي قال بها السلف بطريقة آلية»[٥٠].

ويلفت إقبال النظرَ إلى أن الأحكام المستمدَّة من الشريعة الإسلامية قابلةٌ للتطوُّر، ومراعاة احتياجات المجتمعات الإسلامية الحديثة، شريطة أن يواجه العلماء هذه الاحتياجات بالروح التي كان يواجه بها عمر بن الخطاب مشكلات عصره. ومع هذا، فإن إقبالًا يحذِّر من أن حرية الفكر قد تفضي إلى شيء من

---

(٥٠) محمد إقبال، تجديد الفكر الديني في الإسلام، ترجمة: عباس محمود، ص١٨٦.

الانحلال، كما أن فكرة القومية والجنسية التي تعمل عملها في المجتمعات الإسلامية الحديثة قد ينتهي بها الأمر إلى القضاء على النظرة الإنسانية العامَّة الشاملة التي تشربتها نفوس المسلمين من دينهم[٥١].

ويتفق إقبال مع فون كريمر (Von Kremer) في أن المذاهب الفقهية: «ليست إلا تفسيرات فردية (شخصية) تنتسب لأصحابها، وهي بوصفها هذا لا تستطيع الزعم بأنها تمثِّل القول الفصل، وعلماء الإسلام - فيما أعلم - يقولون بتقليد مذاهب الفقه المشهورة، وإن كانوا لم يجدوا قطُّ أن من الممكن - من الوجهة النظرية - إنكار حق الاجتهاد المطلق».

ويتضح من حديث إقبال عن الاجتهاد أنه كان واعيًا بالمخاطر التي قد يسفر عنها فتح باب الاجتهاد على مصراعيه. ولكنه يفضِّل مواجهتها مع الالتزام بما يوجبه الحرص على الخلود إلى الدَّعة والاستسلام للموروث. ويستند إلى حكم القرآن الكريم على الوجود بأنه قد خلق للعمارة والترقي في الانتهاء إلى هذه النتيجة، وهي أن: «لكل جيلٍ الحق في أن يهتدي بما ورثه من آثار أسلافه، من غير أن يعوقه ذلك التراث في تفكيره وحكمه وحلِّ مشكلاته الخاصَّة»[٥٢].

وإذا كان الاجتهاد واجبًا على هذا النحوِ لتحقيق التقدُّم الاجتماعي، وللحفاظ على المصالح المتلاحقة والمتجدِّدة للمجتمعات الإسلامية، فقد لقيت الدعوة إلى ممارسته في التقنينات الحديثة من القبول حدًّا أدى إلى انحسار الدعوة إلى وجوب التقليد والأخذ بالرأي الراجح في المذاهب الفقهية. وهو ما يتضح - على سبيل المثال - في تقنينات الأحوال الشخصية المتعدِّدة في البلاد العربية، والقوانين المدنية الأردنية والعراقية والسورية والإماراتية وغيرها.

وتكشف مواقف هؤلاء العلماء الذين شاركوا في صياغة قوانين الأحوال الشخصية والقوانين الأخرى التي صدرت في العالم الإسلامي في هذا القرن، عن مدى الاستجابة للدعوة إلى الاجتهاد، والمناهج التي لجأوا إليها في صياغة هذه التقنينات.

---

(٥١) محمد إقبال، تجديد الفكر الديني في الإسلام، ص١٨٧.

(٥٢) نفسه، ص١٩٢.

(١٠) مجالات الاجتهاد في العصر الحديث:

لا يحقُّ الاجتهاد بوجه العموم فيما يلي:

أ - **الأمور التي أجمعت عليها الأمَّة**؛ كوجوب الصلوات الخمس، وفرضية الزكاة، وحرمة النَّفْس الإنسانية، ووجوب القصاص في القتل العمد العدوان.

ب - **أصول الدين**؛ كالإيمان بالله والنبوة وغيرهما، مما هو معلوم من الدين بالضرورة.

ج - **الأمور الثابتة بدليلٍ قطعيِّ الثبوت والدلالة**، من مثل تحريم قذف المحصنات العفيفات بالزنا والعقوبة عليه، وتحريم الربا وعدم تصحيح الاتفاق عليه، وهذا هو ما تفيده قاعدة «لا مساغ للاجتهاد في موارد النصِّ».

أما الذي **يجوز الاجتهاد** فيه فهو:

أ - **ما لم يرد فيه نصٌّ شرعيٌّ**، من ذلك الحكم في كثيرٍ من المعاملات المستحدثة، كحكم خطابات الضمان وكونها على التبرع حتى لا يأخذ المصرف أجرةً على إصدارها أو غير ذلك، ومنه أيضًا النظر في شهادات الاستثمار وتنزيل بعضها أو كلها على حكم الربا، ومنه كذلك ما أخذ به المشرِّع المصري في موضوع الوصية الواجبة وتنزيل الأحفاد الذين مات أصلهم الذي ينتسبون به إلى الميت في حياته ولا يرثون منه شيئًا لوجود من يحجبهم من أعمامهم، ومنه الاختلاف في تضمين المنافع بغصبها.

ب - **ما ورد فيه نصٌّ غير قطعيٍّ في ثبوته أو دلالته**، ويشمل الاجتهاد استفراغ الوسع للحكم على النصِّ الظنيِّ الثبوت بالقبول أو الردِّ إذا لم تثبت حجيته، كما يشمل النظر في النصِّ لفهم دلالته.

وبهذا فإن مجالات الاجتهاد عديدةٌ متنوِّعة وتتعلَّق بالنظر في النصِّ لمعرفة ثبوته، وبتفسير النصِّ ومعرفة معناه، وبالحكم فيما لم يرد فيه نصٌّ.

ويلزم لتحديد مجالات الاجتهاد في العصر الحديث بالتفصيل النَّظَرُ في التحولات التي شهدها هذا العصر على نحوٍ لم يسبق في تاريخ النظام القانوني

الإسلامي. ومن أهم ذلك الخروج على التمذهب، ونمو دور المقاصد الشرعية وإعمال المصالح في تفسير النصوص الشرعية، والتنظير الفقهي، والتوسُّع في التقنين المتأثر بالقوانين الغربية.

وقد يسَّر قبول نمط التقنينات الحديثة على المستوى الرسمي أن صناعة التقنين ذاتها كانت مألوفةً للعقل الإسلامي، ليس في أيام العثمانيين فحسب، بل ومن قبلهم أيضًا، كما أوضحنا آنفًا. كما تشابهت مفاهيم الحقوق، وخاصةً المدنية، في النظام الإسلامي وهذه القوانين فيما أوضحته الدراسات المقارنة. أما المشتغلون بالدراسات الفقهية، فقد تنوَّعت ردود أفعالهم؛ فقد أكبَّ البعض على الدرس المقارن لاستخلاص أوجه الشبه والخلاف، على النحو الذي افتتحه مخلوف المنياوي، وقدري باشا، وأكَّده سيد عبد الله حسين، وتلاميذ لامبير المصريون في ليون (Lyon) على ما أشرنا إليه سالفًا. ومن ثمرات هذه الجهود اعتراف مؤتمر لاهاي (١٩٣٧م) برقيِّ النظام القانوني الإسلامي، وجدارته بالمقارنة مع النظامين الآخرين: الأنجلو-سكسوني واللاتيني.

وقد انتهى محمود فتحي في رسالته للدكتوراه المنشورة عام (١٩١٣م)، التي يقارن فيها بين تطوُّر نظرية التعسُّف في استعمال الحقِّ في النظام القانوني الإسلامي والفرنسي؛ إلى أنه بوسع النظرية الإسلامية أن تقدِّم عونًا كبيرًا لتطوير نظيرتها الفرنسية، في ظروف التوتُّر السائد والجدل الدائر في فرنسا آنذاك حول ضرورات التخفُّف من غلواء النزعة الفردية في استعمال الحق.

وتوضيح ذلك أن محمود فتحي قد تقدَّم في الوقت الذي كان يسعى فيه الفكر التقدُّمي في القانون الفرنسي، عن طريق تطوير نظرية التعسُّف في استعمال الحقِّ، إلى إحلال النزعة الجماعية محل النزعة الفردية السائدة، ليبرهن على أن هذه النظرية المتطورة في الفقه الإسلامي يمكن أن تكون ذات فائدةٍ بالغة في تحقيق أهداف هذا الفكر التقدُّمي. وهذا مجرَّد مثال جيد للدلالة على الفوائد المتبادلة بين النُّظم المقارن بينها[٥٣].

---

(٥٣) Amr Shalqani, Rethinking of Coparative law masters, Annelise Riles, Bloomburse publishing, p.177.

وقد ترقى الاجتهاد الفقهي الحديث كذلك في مجال التنظير ابتداءً من تلاميذ لامبير، الذين يسطع بينهم عبد الرزاق السنهوري، حيث أقاموا في رسائلهم للدكتوراه نظريات مقارنة بين الفقه الإسلامي والغربي في مجالات، مثل مصادر الالتزام والحق والخلافة والدولة والعقد والإرادة المنفردة.

وقد أثَّر هؤلاء بعد عودتهم في عقد طلاب الفقه الإسلامي والأساتذة الذين يدرسونه دراساتٍ مستفيضة عن الرهن والملكيَّة والإفلاس والإهمال والتعديات أو المسؤولية التقصيرية، وما إلى ذلك. وأسفرت هذه الجهود المتراكمة عن تطوُّر بالغٍ في لغة التأليف الفقهي، وفي إضفاء التناسق والتماسك في تناول الموضوعات محل البحث.

ومن جهةٍ أخرى، تجدر الإشارة إلى أن الاجتهاد قد تحقَّق كذلك في مجال تقنين الفقه الإسلامي؛ إذ اتجه التقنين الرسمي أولَ الأمر إلى التقيُّد بمذهبٍ معيَّن، وهو المذهب الحنفي، كما هو حال «**مجلة الأحكام العدلية**» التي أصدرتها الدولة العثمانية، واتبع التقنين غير الرسمي المنهجَ ذاته، كما هو الحال في «**مرشد الحيران**» المتقيِّد بالمذهب الحنفي أيضًا.

أما التقنينات التي صدرت بعد ذلك، مثل قوانين الزواج والطلاق والميراث والوصية والوقف والقوانين المدنية، فقد اعتمدت على التخيُّر من المذاهب الفقهية جميعها، بناءً على النظر إلى ما يحقِّق المصلحة والعدل.

ومن المؤكَّد أن جهود أسلمة القوانين التي شهدتها باكستان والسودان ونيجيريا وإندونيسيا وبروناي منذ ثمانينيات القرن الماضي، رغم ما قد يوجَّه إليها من انتقاداتٍ حادَّة، ذات أهميةٍ قصوى في رصد أوجه الإبداع الحديث في الفقه الإسلامي.

وإذ تلقى هذه المحاولات آذانًا صمَّاء من قِبل الباحثين الجادين، فإن تطويرها والانتقال إلى مراحل تعقبها قد يحتاج إلى وقتٍ أطول. ومع ذلك، فإن هذه المحاولات تشير إلى أن النُّظم القانونية المعمول بها في البلاد الإسلامية لا تستجيب لاحتياجات مجتمعاتها في النهوض والضبط القانوني، وهو ما يوفِّر للحركات العنيفة فضاءً ملائمًا لترديد شعاراتٍ فوضوية حول إزاحة قوانين الكفر

وتطبيق الشريعة، بهدف اختطافها - كما يقول خالد أبو الفضل - وجعل تفسيراتها بأيدي هذه الحركات، لتبرير قتل المسلمين والاستيلاء على أموالهم واسترقاق نسائهم.

وقد جذبت موضوعاتٌ معينة اهتماماتِ الباحثين المعاصرين لعوامل داخلية، تتمثَّل في تطلعات المجتمعات الإسلامية إلى الحرية والتقدُّم وإقامة نظامٍ سياسيٍّ مستقلٍّ. ولهذا فقد تتابعت البحوث في مجالات حقوق الإنسان والديمقراطية والشورى والحرية والمساواة والمواطنة والعلاقات الدولية، لإقامة هذه العلاقات على أساس السلم والتعاون.

ولا تتطابق الاجتهادات الحديثة في هذه المجالات مع التفسيرات الفقهية التقليدية، مما هو مدوَّن في المطولات المعروفة. ويلزم رصد ما تمَّ من إنجازاتٍ واجتهاداتٍ في هذه المجالات لمعرفة المسلك الذي اتخذه التفكير التشريعي الإسلامي في العصر الحديث، كي يمكنه التلاؤم مع تطلعات المجتمعات الإسلامية في التقدُّم ومواكبة التحديات المعاصرة.

وتكتسب جهود محمد عبد الله دراز في كتابه «**دستور الأخلاق في القرآن**» أهميةً خاصَّة بالنظر إلى كونه محاولةً واعيةً في لغةٍ معاصرةٍ لإقامة إطار عامٍّ للقيم الحاكمة للاجتهاد الفقهي الحديث. ولا تكفي هذه العبارة الموجزة في تقدير قيمة هذا العمل، وإن وشت بوجوب ربطه بفروع الاجتهاد الحديث في المجالات المشار إليها.

وتلزم الإشارة في سياق مجالات الاجتهاد إلى العمل النظري والتطبيقي في مجال الاقتصاد الإسلامي من نظرياتٍ وبنوكٍ وأوراقٍ تجارية ومالية وعقودِ التأمين، وما إلى ذلك مما أثار نشاطًا فقهيًّا واسعًا، سواء في العالم الإسلامي أو غيره.

ويتسع مجال الاجتهاد ليشمل البارزين من القانونيين الباحثين وسط هذا كله عن المناهج التي تتيح لهم إقامة نظامٍ قانونيٍّ يستفيد من منجزات التفكير القانوني الغربي، ويتفق مع تراث المجتمعات الإسلامية ومعتقداتها وأعرافها. وهو ما لا يملُّ عبد الرزاق السنهوري من تكراره في مراحل حياته جميعها،

فيما تدلُّ عليه مذكراته الشخصية؛ إذ يذكر عام (١٩٢٢م)، وهو في ليون: «وددتُ لو استطعت عند رجوعي إلى مصر أن أجتهد في إنشاء دراسة خاصَّة يكون الغرض منها إيجاد طريقة جديدة لدراسة الشريعة الإسلامية، ومقارنتها بالشرائع الأخرى، حتى يتيسَّر فتح باب الاجتهاد في تلك الشريعة الغراء... وحتى يتيسَّر أيضًا... أن تؤثر تأثيرًا جديًّا في القوانين المستقبلية لهذه الأمَّة»(٥٤).

وهو يؤكِّد على دور مصر وحاجتها إلى إحياء الشريعة، منوِّهًا بجهد محمود فتحي، وعزمه على ترجمة رسالته عن سوء استعمال الحقوق؛ كي «أتلو هذا الكتاب بكتبٍ أخرى في الشريعة يكون الغرض منها إزالة الجمود عن تلك الشريعة الغراء، وبعث روح العصر فيها»(٥٥).

ورغم وقوعه في القول بإغلاق باب الاجتهاد، فإنه يؤكِّد على أن الشريعة بمعنى الفقه أو الفروع تعتبر «قانونًا لتنظيم علاقات البشر بعضها بالبعض»، شريطة أن يستخرج من هذا الفقه «القواعد العامَّة للشريعة الإسلامية، وهي قواعد تصلح لعموميتها أن تُطبَّق في كل زمانٍ ومكانٍ، وتعتبر هذه القواعد أصولًا للشريعة الإسلامية» لا تتغيَّر، وإن تغيَّر التطبيق في الفروع.

وعنده أن هذا «هو المعنى الذي يجب أن يعطى للمذاهب، كمذهب الإمام أبي حنيفة مثلًا. أي إنه يجب أن يفهم هذا المذهب على أنه مذهبٌ لتطبيق أصول الشريعة في الزمن الذي وجِد فيه والإقليم الذي انتشر فيه، وأنه يعبِّر عن الشريعة بهذين القيدين»(٥٦).

والشريعة بهذا لا تصلح للتطبيق على المسلمين وحدهم، وإنما تصلح للتطبيق كذلك على غيرهم(٥٧). وهذه القابلية للتطوُّر أهمُّ ما مكَّن الشريعة من أن تشكِّل أساس الرابطة الإسلامية بين شعوبٍ متنوِّعة الثقافات واللغات

---

(٥٤) السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، إعداد الدكتورة نادية السنهوري، والدكتور توفيق الشاوي، طبعة الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م)، ص٥٦.

(٥٥) نفسه، ص١٠٩.

(٥٦) نفسه، ص١٤٤.

(٥٧) نفسه، ص١٤٤.

والجذور؛ إذ إن أساس المدنية الإسلامية في الماضي والمستقبل هو هذه الشريعة وفقهها[٥٨].

ولا يعني ذلك طرح ما جاء في كتب المذاهب، وإنما يعني الحق في مخالفتها، واستنباط آراء لا تتفق مع مقرراتها، كما هو الحال في إلغاء الرقِّ والعبودية وتقييد التعدُّد[٥٩]. ويجب أن تكون الشريعة هي القانون العام الذي يُرجَع إليه عند عدم النص القانوني[٦٠]. ويقترح التزام الدولة بإنشاء مؤسساتٍ منفصلة، يعمل بعضها على تطوير القانون الخاص الشرعي، وبعضها الآخر على تطوير القانون العام الشرعي[٦١].

وكانت خطته في إعداد القانون المدني العراقي أن يقيمه على أساسٍ من المجلة العدلية والفقه الإسلامي، على أن يكون هذا القانون لا للعراق وحده، بل ولسائر البلاد التي تتخذ المجلة قانونًا لها[٦٢]. ولا يرى أن النزعة الاشتراكية بعيدةٌ عن روح الفقه الإسلامي؛ «ففي مصر مثلًا يمكن القيام بالإصلاحات الداخلية اللازمة لتقوية الأمَّة على أسسٍ إسلامية، تؤدي إلى توزيع الثروة توزيعًا أقرب إلى العدل من التوزيع الحالي».

وتعبِّر نظرية التعسُّف في الحق من وجهة الفقه الإسلامي عن النزوع إلى الجماعية بدلًا من الفردية السائدة في النظام الرأسمالي في هذه الفترة، ويبدو إعجابه برسالة محمود فتحي في هذا الموضوع متسقًا مع رؤيته التقدُّمية للفقه الإسلامي.

ومن المجالات العملية التي أثمر فيها الاجتهاد ثمراته هذه التفسيرات القضائية للقوانين المعاصرة الأوروبية الأصل بمناهج دلالات الألفاظ الأصولية، وهو ما فتح بابًا مهمًّا للإفادة من الفقه الإسلامي وأصوله.

---

(٥٨) السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، ص١٥٣.

(٥٩) نفسه ص٣٦٨.

(٦٠) نفسه، ص١١٩.

(٦١) نفسه، ص١٣٣.

(٦٢) نفسه، ص٢١٠.

ويلزم الالتفات على وجه الخصوص إلى تنوُّع تخصُّصات هؤلاء الذين اجتذبتهم الدراسات الفقهية لأسبابٍ عملية، ليضيفوا إليها، وليشاركوا بقوةٍ في هذه الإبداعات الحديثة. ومن بينهم طلاب الفقه الإسلامي وأساتذته، إلى جانب بعض المؤرخين والقانونيين وعلماء الاجتماع والاقتصاد والمحاسبة والمصرفيين والقضاة. وقد تطورت مناهج التفكير الفقهي والقانوني في هذه المجالات لتؤكِّد على استعمال المصالح والمقاصد الشرعية والعرف ودور الزمان والمكان.

وأنتجت هذه المرحلة تراثًا فقهيًّا وقانونيًّا واقتصاديًّا ومصطلحاتٍ ومناهجَ وموسوعاتٍ ونظرياتٍ وقوانينَ مستمدَّةً من أصولها الفقهية، وأحكامًا قضائية تقتبس بعض عباراتها ومصطلحاتها من التراث الفقهي، مع كثرة المشاركين في هذا الإنتاج وتنوُّع ثقافاتهم، مما يدلنا على ضخامة ما يُنفَق من جهدٍ ومالٍ لاستعادة حيوية النظام القانوني الإسلامي.

(١١) مبادئ الاجتهاد في العصر الحديث:

من المبادئ التي استقرَّ عليها التفكير الفقهي قديمًا وحديثًا لدى أهل السُّنة والشيعة أن العبادات من حيث مواقيتها ومقاديرها وهيئاتها وكيفياتها ثابتةٌ لا تغيير فيها ولا تبديل، ولا يعدو الخلاف فيها أن يكون خلافًا في بعض التفاصيل والشروط. أما المعاملات والعقود والمبادلات، فإنها تشريعاتٌ متغيِّرة تتعلَّق بالتنظيم الاجتماعي والأنشطة السياسية والاقتصادية والزراعية والتجارية والصناعية والثروات الطبيعية.

ولذا تمسُّ الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحديث بعد أن تغيَّرت حياة الناس، وتعقَّدت علاقاتهم، واتسعت معارفهم ومبادلاتهم، عمَّا كانت عليه في الماضي. ومن المؤكَّد أن تحقيق الاستقلال التشريعي الذي لا يقلُّ في الأهمية عن تحقيق الاستقلال السياسي، فيما عبَّر عنه السنهوري وغيره، كان من الحوافز الدافعة إلى استلهام التراث الفقهي، للفرار من التبعية القانونية والسياسية للغرب. وهذا هو الدافع نفسه الذي حدا بالكثيرين إلى التعبير المستمر عن الرغبة في إعلاء الشريعة على القانون الوضعي، دون وجود أية أسبابٍ عملية تدفع إلى الإلحاح المستمر على التعبير عن هذه الرغبة.

ويؤكِّد الفقهاء والقانونيون المحدثون - من جهةٍ أخرى - على ضرورات الالتزام بالنصوص، دون أن يقيدوا أنفسهم بتفسيراتها المذهبية، كما أعطوا لأنفسهم الحقَّ في تفسيرها تفسيرًا أقربَ إلى الواقع الاجتماعي المعاصر، لمسايرة ما يوجبه هذا الواقع.

ويلفت النظر كذلك بروزُ نوعٍ من التشدُّد في قبول خبر الواحد، وهو ما يظهر في التأكيد على نقد المتن وردِّ ما يناقض الأصول الشرعية أو العقل أو الحقائق التاريخية الثابتة، أو السياقات التشريعية القائمة في عهد النبوة. ولذا يتوقف أبو زهرة أمام أحاديث الرجم، ويرى أنها لا تفيد غير الظنِّ.

وقد فتح محمد الغزالي الباب واسعًا لمناقشة العديد من أخبار الآحاد التي تسلَّلت إلى العمل الفقهي، وذلك في كتابه «**السنة بين أهل الفقه وأهل الحديث**»(٦٣)، وهو ما عرَّضه لهجومٍ بالغِ القسوة. من ذلك أنه ينسب رأي الشافعية والحنابلة في جواز إجبار الأبِ ابنته البالغة على الزواج بمن تكره إلى تقاليد إهانة المرأة وتحقير شخصيتها(٦٤). وينتقد كذلك القول بأنه لا يُقتَل المسلم بغير المسلم، وعدم المساواة في الدية بين الرجل والمرأة، ودافع عن حقِّ المرأة في تولي الولايات العامَّة، واستند إلى ابن حزم في جواز شهادة المرأة في الحدود والقصاص، وإباحة الغناء، وانتهى إلى لزوم الإفادة من الوسائل الديمقراطية الحديثة في تحقيق الشورى في الدول الإسلامية.

ويفيد هذا الموقف النقدي من أحاديث الآحاد التي قبِلها الفقه في تحرير الفكر الفقهي من كثيرٍ من القيود. وقد تأثَّر النقد الحديث لأخبار الآحاد بالجهود الكبيرة التي بذلها الباحثون في الجامعات الإسلامية والغربية، مما لا مجال للإطالة فيه هنا. ويجدر القول مع ذلك بأن جهود نقد أخبار الآحاد كانت خطوةً ضروريةً للوصول إلى «عقلنة الفقه»، والاعتماد في تطويره على العقل. مما لا يخطئه الناظر إلى التفكير الفقهي المعاصر.

---

(٦٣) محمد الغزالي، السنة بين أهل الفقه وأهل الحديث، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، (١٩٨٩م).

(٦٤) نفسه، ص٣٣.

ويقود هذا إلى التفكير في أساسٍ آخر للاجتهاد الحديث، وهو ما يتمثّل في تحديد مفهوم القانون الشرعي. وقد اتخذ هذا المفهوم مساراتٍ متعدِّدة في تحديده. ويتمثَّل أبرز تحديدات هذا المفهوم فيما قرَّره الشافعي من أن هذا القانون مرده إلى الأمر المتكرِّر في أكثر من ثلاثين مرةً بوجوب طاعة الله ورسوله. ويغفل هذا التحديد أن القرآن نفسه قد ترجم هذا الأمر العامَّ بالطاعة إلى عددٍ من المبادئ الموضوعية العامَّة، كالعدل والمساواة والحرية والكرامة الإنسانية والعناية بالضعفاء في المجتمع، وإلى الكثير من التفصيلات المتعلِّقة بالعقود والجرائم والأسرة وعلاقات السلم والحرب، مما أوجب نقل الالتزام من الطاعة إلى هذه القواعد الموضوعية.

ويأتي أبو حامد الغزالي بعد أن قطعت الدولة الإسلامية أشواطًا بعيدةً في تنظيم إدارة العدالة في المجتمع ليقرِّر في القرن الخامس الهجري أن الفقه هو قانونُ السياسة الذي يطبِّقه السلطان لضبط أحوال الرعيَّة وتنظيم شؤونهم. ولا تشكِّل الطاعة بهذا الاعتبار المفهوم الأساسيَّ للقانون، وإن عادت بقوةٍ على يد الشاطبي الذي أقام نظريته في المقاصد والتكليف على مقتضى الامتثال، حتى يكون المكلَّف عبدًا لله اختيارًا كما هو عبدٌ لله اضطرارًا.

وقد استجدَّ مفهومٌ آخر للقانون الشرعي أو القانون مجردًا عن هذا الوصف على النحو الذي ضبطه السنهوري. ويتألَّف هذا المفهوم من عددٍ من العناصر، من بينها: سموُّ مبادئ الشريعة وأصولها الراسخة التي لا تتغيَّر بتغيُّر الزمان والمكان، وصلاحيتها للتطبيق في جميع الأحوال، فضلًا عن وجوب مراعاة أحوال الأمَّة وأعرافها ومصالحها الواقعية في تفسير هذه المبادئ، مما يشير إلى الدور الذي تقوم به الأمَّة في صياغة قوانينها.

ومن هذه العناصر كذلك إمكان الإفادة من النظر القانوني العالمي. ويهدف القانون الشرعي والقانون بوجه العموم إلى إقامة العدل، وبهذا فإن أيَّ قانونٍ يحقِّق العدل فهو شرعيٌّ، كما أن أيَّ قانونٍ يورث الظلم أو يقود إليه غير شرعيٍّ، طبقًا لما تقدَّمت الإشارة إليه من عبارة ابن القيم الجامعة.

(١٢) أنماط الاجتهاد في العصر الحديث:

تتابعت التقنينات التي صدرت في مجالاتٍ تشريعية متنوِّعة في هذا القرن وسابقه، كما صدرت العديد من الفتاوى في المعاملات الحديثة. واستندت بعض أحكام هذه التقنينات وتلك الفتاوى إلى الاجتهاد الذي يمكن التمييز بين أنواعه المختلفة فيما يلي:

١ - **الاجتهاد المتعلِّق بتفسير النصوص في ضوء الواقع الاجتماعي السائد،** مما قد ينتهي إلى مخالفة التفسيرات الموروثة. ومن ذلك تفسير محمد عبده للنصِّ المتعلِّق بالتعدُّد في ضوء ما يتسبَّب فيه الآن من مشكلاتٍ مالية ونفسية للأزواج، وابتعاد في المعاملات والعلاقة بين الزوجات عمَّا يوجبه العدل. ولذا انتهى إلى المنع من التعدُّد إلَّا إذا وُجِدَ سببٌ يسوِّغه، ولا يغفل محمد عبده عن حقيقة إقبال الصحابة وكبار الأئمَّة على التعدُّد، لكنه يظهر الفرق بين ما كان سائدًا في أيامهم من قبول النساء له وسيطرة الدين على نفوسهنَّ ونفوس أزواجهنَّ، مما ييسِّر الالتزام بما يوجبه العدل في معاملتهنَّ والمودَّة في العلاقة بينهنَّ. أما وقد اختلف الزمان، وضعف وازع أخلاق الذين يتخذون أكثر من زوجة، حسبما تفيده الدراسات الميدانية، فإن التعدُّد يُحظَر بوجه العموم إلا إذا وُجِدَ سببٌ يسوِّغه، كعقم الزوجة أو مرضها.

٢ - **الاجتهاد المتعلِّق باستنباط أحكامٍ شرعية للعلاقات والمعاملات الحديثة التي لم يواجهها الفقهاء السابقون.** من ذلك النظر في معاملات البنوك والخدمات التي تقدِّمها لعملائها لاستنباط أحكامها الشرعية؛ كالاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان، وتأجير الخزائن الحديدية، وحفظ الأمانات، ودفع فواتير المياه والغاز والكهرباء، وخدمة الأوراق التجارية، والتعامل في البورصة، والتأمين التجاري والتبادلي والتعاوني.

ولا شكَّ في أن هذا النوع من الاجتهاد قد استند بدرجةٍ كبيرة إلى التراث الفقهي للمذاهب، وأخذ بمناهجها في النظر إلى المسائل لإلحاقها بأصلٍ من الأصول الشرعية؛ ولذا فإن هؤلاء المجتهدين قد انتهوا إلى إلحاق هذه الخدمات المصرفية بعقودٍ فقهية معروفة؛ فألحقوا الاعتمادات المستندية المغطاة بالكامل من قِبل العميل بعقد الوكالة بأجرة، كما ألحقوا الاعتمادات المستندية

غير المغطاة قيمتها من العميل بالمشاركة أو المرابحة بتفصيلٍ ليس هنا محله. ويلتحق تأجير الخزائن الحديدية بعقد الإجارة، كما يلتحق حفظ الأمانات بالوديعة بأجرة، أما إدارة الأوراق التجارية ودفع الفواتير فيلتحق بعقد الوكالة بأَجْر.

٣ - الاجتهاد الترجيحي القائم على التخيُّر من المذاهب الفقهية المختلفة، بناءً على تحقيق المصالح الاجتماعية وقوة الدليل. من ذلك الأخذ برأي المالكية في التفريق بين الزوجين بطلب الزوجة لعيبٍ في الزوج يتعلّق بعجزه الجنسي أو بمرضه مرضًا معديًا ويصعب البُرْء منه. ومنه كذلك الأخذ بمذهب المالكية في التطليق للضرر، والأخذ بمذهب الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد مما لا يناقض أصلًا شرعيًّا.

وعلى الرغم من أن التخيُّر من آراء الفقهاء والسابقين يدخل في باب التقليد، للأخذ فيه برأيٍ سبق التعبير عنه، فإنه يتصل بالاجتهاد من وجه آخر، بناءً على تأمُّل المتخيِّر في الأدلَّة ووزنها وتفكيره في المصالح وطرق إعمالها، وهو بهذا التأمُّل يبتعد عن المقلِّد.

٤ - الاجتهاد الجماعي الذي تقوم عليه المؤسسات العلمية العديدة التي زاد الاهتمام بإنشائها في العصر الحديث، وذلك كالمجامع الفقهية التي بدأ نشاطها يتطرق إلى كثيرٍ من المشكلات والنظريات المعاصرة للتفكير فيها من الوجهة الشرعية. ويقابل هذا النوع من الاجتهاد كلًّا من الاجتهاد الفردي والجماعي، وتشتدُّ الحاجة إلى الاجتهاد الجماعي في العصر الحديث، في مواجهة كثيرٍ من المشكلات العلمية التي جدَّت في الحياة المعاصرة، وصعوبة التوصُّل إلى الحكم الشرعي فيها عن طريق الاجتهاد الفردي، أو الانتظار إلى أن يتحقَّق الإجماع؛ ولذا فقد نشأت العديد من مؤسسات الفتوى الجماعية في البلاد الإسلامية.

ولعلَّ مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف من أهمِّ هذه المؤسسات التي قادت الاجتهاد الجماعي وأرست بعضَ مبادئه. وهناك الآن عددٌ من المجامع الفقهية التي تتولَّى هذا النوعَ من الاجتهاد. من أشهرها مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمأمول أن تسهم هذه المجامع في تطوير التفكير الفقهي، وإقداره على التعبير عن المصالح الاجتماعية.

وسأعرض لمؤسسات الاجتهاد الاجتماعي ونماذج من اجتهاد هذه المؤسسات بشيء من التبسيط والتفصيل فيما يلي:

(١٣) مؤسسات الاجتهاد الجماعي:

يتجه الاجتهاد إلى اتخاذ الشكل الجماعي في فترات التحوُّل التاريخي التي شهدتها المجتمعات الإسلامية؛ نظرًا لما يصاحب هذه الفترات من تعدُّد المشكلات وخطورتها، واشتداد الحاجة إلى ضبط هذه المشكلات والبحث عن حلٍّ لها. وهذا ما نشاهده في مشاورات الصحابة أيام الخلفاء الراشدين، وبخاصةٍ في عهد عمر. وهو ما نشاهده كذلك في العقود الأخيرة من القرن الأول الهجري، حيث نشأت المدارس الفقهية التي عبَّرت كلٌّ منها عن التفكير الفقهي لبيئتها، وكانت المذاهب الفقهية وعاءً لجميع جهود ممثليها وعلمائها في فترة نشأتها الأولى.

وقد نشطت مؤسسات الفتوى في العصر الحديث، لكثرة المشكلات التي تواجه الفقهاء وتنوُّعها وصعوبة التوصُّل فيها أو في أكثرها إلى الحكم الشرعي باجتهادٍ فرديٍّ. ويمكن القول بأن هذه المؤسسات هي التي تقود التفكير الفقهي في العصر الحديث، وهي التي تصدر عنها الفتاوى الشرعية للإجابة على الحكم الشرعي فيما يواجه المسلمين من مشكلاتٍ في العصر الحديث.

ولهذا يلزم الاهتمام بما تصدره هذه المؤسسات من فتاوى بتجميعها ونشرها، ودراسة أُسسها، وتحديد مجال الاتفاق فيها أو الاختلاف مع معرفة أسبابه، وهذا مدخل مهمٌّ للغاية في تطوير التفكير الفقهي في العصر الحديث، وفيما يلي تعريف بأشهر هذه المؤسسات:

(١) مجمع البحوث الإسلامية بمصر: أُنشئ مجمع البحوث الإسلامية بمصر بالقانون رقم (١٠٣) لسنة (١٩٦١م/ ١٣٨١هـ) ليحلَّ محلَّ جماعة كبار العلماء، ويزاول نشاطًا أوسعَ يتكافأ مع اتساع نطاق النشاط الفكري الثقافي. ويتألَّف هذا المجمع من عددٍ لا يزيد عن خمسين عضوًا من كبار علماء الإسلام الذين يمثلون المذاهب الإسلامية المختلفة. ومن بينهم عشرون عضوًا

على الأكثر من خارج المجمع. ويدعو إلى اجتماعاته وإلى مؤتمره الذي يجب أن يُعقَد مرةً كل عام.

ويضمُّ المجمع بين لجانه العديدة: لجنة البحوث الفقهية، وهي اللجنة التي وضعت الكتب الخاصَّة بتقنين الشريعة الإسلامية في المذاهب المختلفة، كما يضمُّ المجمع لجنة الفتوى التي نشأت في عهد الشيخ محمد مصطفى المراغي عام (١٩٥٤م) وضمَّت إلى المجمع بعد إنشائه.

وقد نشط المجلس في بداية عهده، وصدر عنه العديد من الدراسات والبحوث والفتاوى التي كانت ذات أثر بعيد في تطوير الفكر الفقهي، منها ما يتعلَّق بالاجتهاد والموارد المالية للدولة الإسلامية، والحسبة، والعلاقات الدولية، والمعاملات المصرفية، واستثمار الأموال والاقتصاد الإسلامي. ومع ذلك، فإن هناك معوقاتٍ كثيرةً تُضعف من عمل هذا المجمع ولا تمكِّنه من تحقيق الأهداف المرجوَّة من إنشائه. والأمل كبيرٌ في قيام المسؤولين عن هذا المجمع بواجبهم في تنشيط دوره، وبعث الحياة في لجانه ودراساته وخططه؛ لأنه لا غنى عن الدور الذي يقوم به في ممارسة الاجتهاد الجماعي فيما يواجه الناس من مشكلات[٦٥].

(٢) مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة: أصدر مؤتمر القمَّة الإسلامية الثالث المنعقد في يناير (١٩٨١م) بمكة المكرمة قراره بإنشاء هذا المجمع لدراسة مشكلات الحياة المعاصرة والاجتهاد فيها اجتهادًا أصيلًا فعالًا بهدف تقديم الحلول النابعة من التراث الإسلامي والمتفتحة على تطوير الفكر الإنساني. وتمَّ انعقاد المؤتمر التأسيسي للمجمع في يونيو (١٩٨٣م)، وكان من أهدافه العملُ على بيان الحكم الشرعي في المشكلات التي تواجه الأمَّة الإسلامية، بما يحقِّق الالتقاء على هذه الأحكام وتطبيقها. ويضمُّ المجلس في عضويته عددًا كبيرًا من العلماء والفقهاء البارزين في الدول الإسلامية (عضو

---

(٦٥) راجع البحث المطول الذي قدَّمه الأستاذ الدكتور عبد الفتاح بركة إلى ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي المنعقدة بكلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية في ديسمبر (١٩٥٦م) بعنوان: «الاجتهاد الجماعي في مصر: مجمع البحوث الإسلامية».

لكل دولة)، وبلغ عددهم (٥٢) عضوًا، فضلًا عن مائة خبير في شتَّى علوم المعرفة.

وقد بلغ عدد الموضوعات التي تمت دراستها من قِبل هذا المجمع تسعة وستين موضوعًا في تسع دوراتٍ انعقدت حتى عام (١٩٩٥م). وتدور هذه الموضوعات حول الزكاة، والتأمين، وحكم التعامل المصرفي بالفوائد، وتوظيف الزكاة في مشاريع ذات عائد، وأطفال الأنابيب، ونقل الأعضاء الإنسانية، وبدل الخلو، والبهائية، وتنظيم النسل، والوفاء بالوعد في المرابحة، والإيجار المنتهي بالتمليك، وبيع التقسيط، والصور المستحدثة للقبض، والأسواق المالية، وبيع الوفاء، والحقوق الدولية، وبيع العربون، والتحكيم، وتجارة الذهب، والمناقصات، وبطاقات الائتمان، والاستثمار في الأسهم، وغير ذلك مما يدلُّ على أهمية الموضوعات التي يصدر فيها المجمع الفقهي رأيه.

(٣) **مجمع الرابطة**: نشأ المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي عام (١٩٨٣م) لأهدافٍ لا تبعد عن الأهداف التي أُنشئ المجمع الفقهي الدولي السابق الذكر. ويضمُّ هذا المجمع كذلك عددًا من الفقهاء والعلماء البارزين من مختلف أنحاء العالم الإسلامي لدراسة المشكلات التي تواجه البلاد الإسلامية، ومعرفة الحكم الشرعي لهذه المشكلات. ومن جهة أخرى، فإن هذا المجمع يهدف إلى إحياء التراث الفقهي ونشره والعمل على تشجيع البحث العلمي الفقهي، وقد أصدر هذا المجمع عددًا من الفتاوى في كثيرٍ من المسائل والمشكلات المعاصرة؛ كحكم الشرط الجزائي في العقود، وحكم القاديانية والانتماء إليها، وكذا البهائية والوجودية، والتأمين بشتَّى صوره وأشكاله، والعمل بالرؤية بالنظر في إثبات الأهلَّة لا بالحساب الفلكي.

(٤) **هيئة كبار العلماء بالرياض**: أُنشئت عام (١٣٩١هـ)، وقد نصَّ مرسوم إنشاء الهيئة على قيام لجنةٍ تتفرع عن هذه الهيئة تكون مهمتها إعداد البحوث الفقهية لمناقشتها من قِبل الهيئة وإصدار الفتاوى فيما يوجَّه إليها من أسئلة، وأكثر هذه الأسئلة فيما لا يخفى في موضوعات العبادات، والعقائد، والأحوال الشخصية، وتُسمَّى هذه اللجنة: «اللجنة الدائمة للبحوث والفتاوى».

(٥) **هيئة الفتوى في الكويت**: بدأت عملها عام (١٩٦٩م)، وتتبع هذه الهيئة وزارة الأوقاف، وتضمُّ إدارة الإفتاء وإدارة البحوث والموسوعات الإسلامية، ويوضِّح الدكتور خالد المذكور منهج عمل هذه الهيئة بأنها لا تتدخَّل في المسائل التي بتَّ فيها القضاء، وقال فيها كلمته، أو تلك التي تكون معروضةً أمامه إلا إذا طلب منها ذلك رسميًّا، وكذلك فإنها لا تتقيَّد بمذهبٍ من المذاهب، لكنها نادرًا ما تخرج على فقه المذاهب الأربعة، ويقوم اجتهاد الهيئة بهذا على التخيُّر من المذاهب الفقهية.

ويصعب حصر مؤسسات الفتوى والاجتهاد الجماعي في هذا الجزء، وإن كان في ذكر هذه النماذج ما يساعد على تصوُّر عمل هذه المؤسسات وأهميتها في إثراء التفكير الفقهي المعاصر وبيان ضرورة العمل على نشر ما يصدر عن هذه المؤسسات والتنسيق بينها.

ومن المناسب الإشارة إلى أهمية أبحاث الندوة التي عقدتها كلية الشريعة والقانون في ديسمبر (١٩٩٦م) حول أسلوب الاجتهاد الجماعي ومنهجه وضرورته وموضوعاته ومؤسساته العديدة في البلاد الإسلامية.

(١٤) أحكام الاجتهاد:

يتعلَّق بالاجتهاد عددٌ من الأحكام التي أجملها فيما يلي:

(١) الاجتهاد فرض كفاية على المجتمعات الإسلامية بحيث لا يسوغ إهماله، ويجب العمل على وجود طائفة تتخصَّص في العلوم اللازمة لممارسة الاجتهاد في الوقائع التي تحدث وتنشأ في هذه المجتمعات، وهذا هو معنى قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿١٢٢﴾﴾ [التوبة: ١٢٢]، ويستلزم فرض الكفاية التحوُّل إلى أن يكون فرضَ عين إذا لم يوجد من يقوم به.

(٢) لا يصحُّ القول بإغلاق باب الاجتهاد، كما لا يصحُّ القول بوجوب تقليد مذهبٍ من المذاهب الأربعة، وقد ذهب ابن الصلاح وبعض العلماء إلى

وجوب تقيُّد القاضي بمذهبه، وينقل السيوطي في ذلك قولَ ابن الصلاح: «لا يجوز لأحدٍ أن يحكم في هذا الزمانِ بغير مذهبه، فإن فَعَلَ نُقِضَ؛ لفَقْدِ الاجتهاد في أهل هذا الزمان»، ورأى القرافي أن اجتهاد القاضي يُنقَض إذا خالف المذاهب الأربعة، ويكون القاضي كأنه خالف الإجماع، وأفتى العز بن عبد السلام بأن: «الحاكم المعلوم المذهب إذا حكم بخلاف مذهبه وكان له رتبةُ الاجتهاد أو وقع الشكُّ فيه، فالظاهرُ أنه لا يحكم بخلاف مذهبه، فيُنقَض حكمُه». ومع ذلك، فإن الماوردي يجيز للقاضي الشافعي إذا أدَّاه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة، ويقر على قضائه ولا يُنقَض. لكن منع منه بعض الشافعية لتوجيه التهمة إليه؛ ولأن السياسة تقتضي استقرار المذاهب وتمييز أهلها[٦٦].

والواقع أن مثل هذه الدعاوى التي توجب التحجُّر على رأي أو مذهبٍ من المذاهب الأربعة منقوضةٌ بما ألزمت به النصوص من وجوب الردِّ إلى الله ورسوله في التعرف إلى الحكم الشرعي، وهي منقوضة كذلك بأنه لا دليل على وقف الحقِّ في الاجتهاد على علماء أمَّة عبَّروا عن تجارب عصرهم ولم يعيشوا تجارب غيرهم، ويحصر أصحاب هذه الدعاوى العقل والحكمة في الأجيال السابقة، كما أن رأيهم يستلزم فقدان الثقة فيمن يأتي بعدهم.

ومن المؤكَّد أن القضاة وأصحاب المسؤوليات العملية لا يستطيعون التقيُّد بما قاله أصحاب هذا الرأي، فقد دأبوا على ممارسة الاجتهاد وعدم الالتزام بما جاء في مذاهبهم طبقًا لما تدلُّ عليه كتب الفتاوى والنوازل والعمل، وموقف الشيعة هو وجوب فتح باب الاجتهاد المطلق[٦٧].

(١) تنوَّعت آراء الأصوليين في النظر إلى أن الحقَّ متعدِّد وغير متعين، وأن كل ما يصل إليه المجتهد باجتهاده فهو حقٌّ، وإنما أُطلق على أصحاب هذا الاتجاه أنهم مصوِّبةٌ؛ لأنهم يرون أن كلَّ مجتهدٍ مصيبٌ وإن اختلف رأيه مع رأي غيره، وينطلق أصحاب هذا الاتجاه من أن الحكم الشرعي في الفروع

---

(٦٦) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١١٧.

(٦٧) محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ص٦٠٥.

الفقهية هو ما غلب على ظنِّ المجتهد بعد التحري والتدقيق في الأمارات والعلامات والأدلَّة التي نصبها الشارع. ومعنى ذلك أن الله تعالى ليس له حكمٌ معيَّن في الواقعة التي ينظرها المجتهد قبل قيام المجتهد بهذا البحث والتحري، وينشأ حكم الله تعالى من وصول المجتهد إلى شيءٍ معيَّن باجتهاده وتحريه، وهكذا فإن حكم الله تعالى تابعٌ لظنِّ المجتهد، وهذا الاتجاه هو مذهب الأشاعرة والمعتزلة والقاضي الباقلاني وبعض أصحاب أبي حنيفة والشافعي.

أما أصحاب الرأي الآخر، فيذهبون إلى أن الحقَّ متعينٌ وغير متعدِّد، وأن من أصابه فله أجران: أَجْرُ الاجتهاد، وأجرُ إصابة الحقِّ. أما من أخطأه فله أَجْرٌ واحد، هو أجر الاجتهاد، ولا إثم عليه في عدم توفيقه للحقِّ، وهؤلاء هم المخطئة. ويحتجُّ هؤلاء بما روي أن النبي ﷺ قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»، وبما روي عن أبي بكر أنه قال في الكلالة: «أقول فيها برأي، فإن يكن صوابًا فمن الله، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان».

وأساس هذا الاتجاه أن لله تعالى حكمًا معينًا في الواقعة المطروحة للنظر أخطأه من أخطأه، وأصابه من أصابه، وهذا رأي الشافعي الذي أوضح في «الرسالة» أنه ليست تنزل بأحدٍ من أهل دين الله نازلةٌ إلَّا وفي كتاب الله الدليلُ على سبيل الهدى فيها، ومعناه أن للشارع حكمًا معينًا في المسألة التي تحدث في المجتمع، وأن الشارع قد نصب الأمارات والعلامات الدالَّة على سبيل الحقِّ في هذه المسألة.

وينتصر الشوكاني لهذا الاتجاه ويهاجم أصحاب الاتجاه السابق، ويعتبر قولهم بتعدُّد حكم الله في المسألة الواحدة تبعًا لتعدُّد المجتهدين مخالفًا لما يوجبه الأدب مع الله (عز وجل ومع شريعته المطهَّرة، ويؤكِّد أن رأيهم هذا لا دليل عليه.

ويترتَّب على هذين الاتجاهين ما يلي:

(أ) المجتهد مكلَّفٌ باتباع ما يؤديه إليه اجتهاده، سواء تعدَّد الحقُّ أم لم يتعدَّد، ولا خلاف بين المصوِّبة أو المخطئة في هذا.

(ب) لا أساس للتعصُّب المذهبي أو ازدراء الآراء المخالفة؛ لأن القول بالتخطئة يوجب عذر الغير فيما أداه إليه اجتهاده وعدم تأثيمه، أما القول بالتصويب فيقتضي النظر إلى أصحاب الآراء الأخرى على أنها تفسيراتٌ مقصودة للشارع، وعلى أنها تعبيراتٌ متنوِّعة عن الحكم الشرعي.

(٢) اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف، ومفهوم هذه القاعدة أن الحاكم بما له من ولايةٍ عامَّة يستطيع بنفسه إذا بلغ رتبة الاجتهاد أو عن طريق من يفوِّضه من العلماء أن يختار رأيًا من الآراء الاجتهادية المتنوِّعة، ويفرض تطبيقه والعمل به في أمور القضاء، ويلتزم الناس جميعًا بالعمل بهذا الرأي المختار، ولا يحقُّ لأيٍّ من المتنازعين أن يطالب بتطبيق رأيٍ آخر في القضية المعروضة لارتفاع الخلاف باختيار الحاكم أو ممثليه.

توضيحًا لذلك، فإن ما يقدِّمه الخاطب للمخطوبة من شبكة يأخذ حكمَ الهدية، فيستطيع المطالبة باستردادها، كهلاك الشيء المهدى أو استهلاكه أو التصرف فيه تصرفًا ناقلًا للملكيَّة، ولكن يفرِّق المالكية في هذا بين من تسبَّب في الرجوع عن الخطبة، ويعطون للخاطب الحقَّ في المطالبة باسترداد شيء من ذلك إذا كان هو الذي قام بفسخ الخطبة.

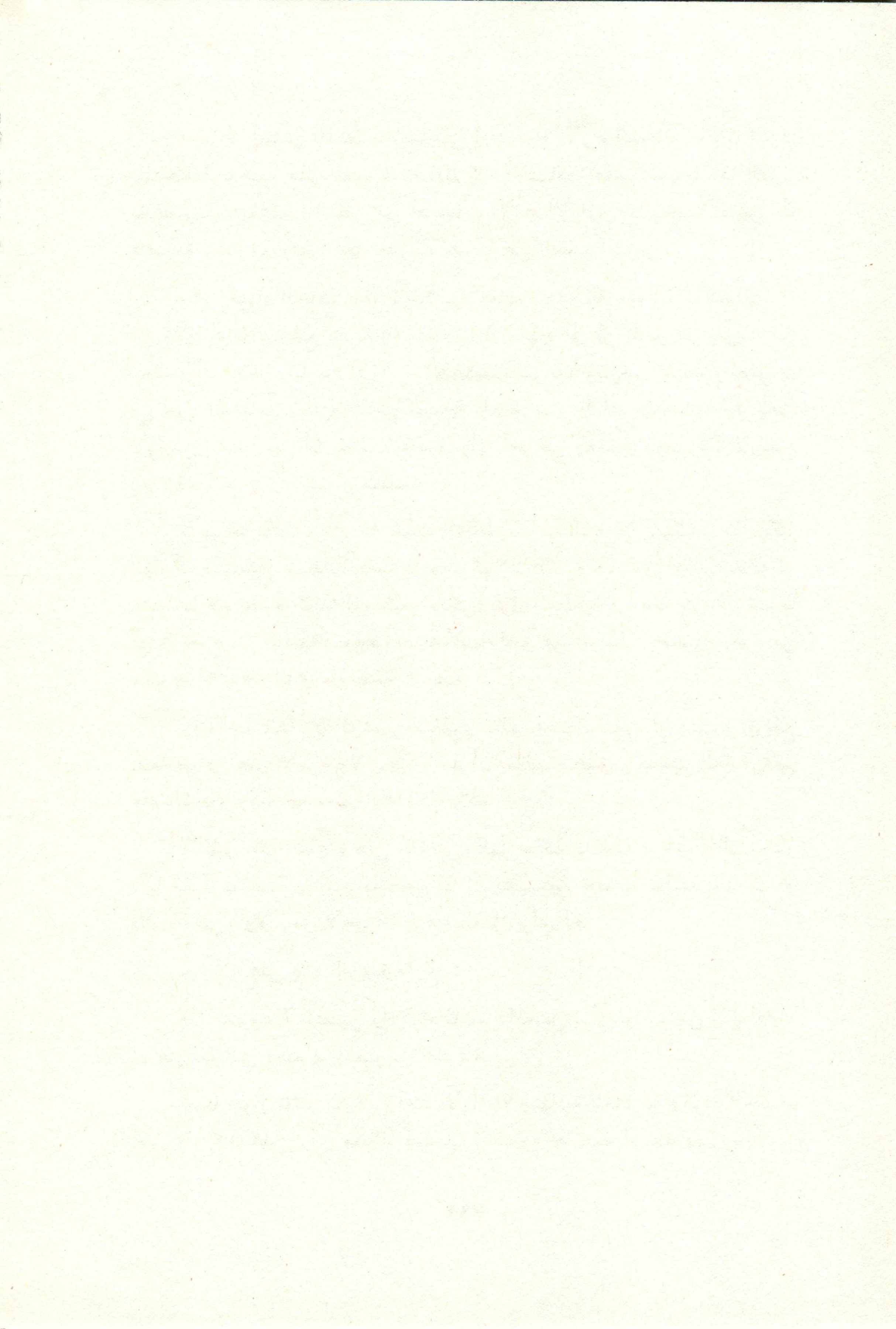
وقد أخذ القانون المدني المصري بالمذهب الحنفي في ذلك، فيرتفع الخلاف في هذا الأمر، ولا يحقُّ لأحدٍ أن يطالب بتطبيق المذهب المالكي في هذا الشأن، وهذا هو معنى ارتفاع الخلاف.

وتنطبق هذه القاعدة على القاضي، فهو حاكمٌ كذلك، ويحقُّ له أن يختار رأيًا معينًا للقضاء به بين الخصوم إذا لم يتقيَّد في خطاب توليته بمذهبٍ أو قانونٍ معيَّن، ولا يحقُّ لأحدٍ أن يلزمه بالعمل برأي آخر.

ويترتَّب على هذه القاعدة ما يلي:

(أ) مشروعية التقنين والإلزام للناس للعمل برأي واحدٍ من بين الآراء الاجتهادية التي تحتملها النصوص الشرعية.

(ب) جواز تخيُّر القاضي أحد الآراء الاجتهادية للعمل به وإلزام الخصوم حتى ولو كان هذا الرأي مخالفًا لمذهب الخصوم جميعهم أو بعضهم.



الفصل الثاني

التقليد

(١) تعريفه:

التقليد جعل القلادة في العنق، وقلَّده الأمر جعله مسؤولًا عنه. ومنه تقليد الولاة الأعمال، بمعنى تكليفهم بالمسؤولية عنها، وجعلها في أعناقهم[١].

ويعني التقليد في الاصطلاح: متابعة قول المجتهد والعمل به من غير نظرٍ أو بحثٍ في دليله. وهو معنى تعريف بعض الأصوليين له بأنه متابعة قول من ليس قوله حجَّة، وهو المجتهد[٢]. أما اتباع ما جاء به القرآن أو السُّنة، فهو عملٌ بالدليل ولا يدخل في باب التقليد.

وبهذا يفترق الاتباع عن التقليد في أن الاتباع عملٌ بالدليل والتقليد عملٌ بقول المجتهد الذي يشبه أن يكون واسطةً بين المقلِّد وبين الدليل. وينقل ابن القيم هذا التفريق بقوله: «التقليدُ معناه في الشرع الرجوع إلى قولٍ لا حجَّة لقائله عليه، وذلك ممنوعٌ منه في الشريعة. والاتِّباع: ما ثبت عليه حجَّة، وهو في الدين مسوغ جائز»[٣].

---

(١) لسان العرب (٣/ ٣٦٥) وما بعدها.

(٢) المستصفى (٢/ ٣٨٧)، والإحكام لابن حزم (٦/ ٦٠)، وإرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٣٩) وما بعدها، دار الكتاب العربي.

(٣) إعلام الموقعين (٢/ ١٩٧). وانظر في تعريف التقليد: المستصفى للغزالي (٢/ ٣٨٧)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/ ٢٩٧)، وفواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (٢/ ٤٠٠)، وجمع الجوامع (٢/ ٢٩٣)، وتيسير التحرير (٤/ ٣١٤).

ويذمُّ ابن القيم - فيما يدلُّ عليه هذا النصُّ - التقليد بجميع أنواعه، كي يوجب الاتباع. ويكشف ذم التقليد على هذا النحوِ عن نوع مِن الخلط بين وجوب البحث عن الدليل فيما يتعلَّق بأصول الدين وضرورات التقليد فيما يتعلَّق بالمهن القانونية التي تشمل القاضي والمفتي والفقيه والوكلاء بالخصومة والمتخاصمين.

ويلزم إدراك أن أوائل القضاة قد فوجئوا بعد وفاة الرسول ﷺ بالأعباء الواقعة عليهم. ولم يكن معهم سوى القواعد والمبادئ المتضمَّنة في القرآن والسُّنة. وقد أرست أحكامهم في القضايا التي عرضت لهم العديد من المبادئ العملية التي يغلب أن تكون أكثر تفصيلًا على النحو الذي يظهر بوضوحٍ في القراءة المتأنِّية لقضاة الكندي، مما سلفت الإشارة إليه.

وأفاد فقهاء القرنين الأول والثاني من هذه المبادئ التي ضمَّنها المصنفون الأُول من أمثال محمد بن الحسن ومالك والشافعي مسائلهم، دون أن يعنوا أنفسهم بإبراز هذه المبادئ أو القواعد في كل الأحوال لوضوحها لديهم. وهذه المبادئ التي أرساها هؤلاء القضاة هي التي طبَّقها جيل إبراهيم النخعي وسعيد بن المسيب وربيعة وحماد بن سليمان وغيرهم من فقهاء هذين القرنين، كي تشمل حالاتٍ مماثلة. ويشير المصنفون للمطولات الفقهية - بوجه العموم - إلى هذه المبادئ عند استدلالهم على أحكام المسائل المختارة للتدوين بعناية، كي تعبِّر بدرجةٍ مقبولةٍ من الوضوح عن هذه المبادئ على ما يظهر من قراءة كتاب البيوع في «**الهداية**»، على سبيل المثال. وقد استمرَّ استناد القضاة والمفتين وكبار فقهاء المذاهب إلى هذه المبادئ التي يسَّرت نموَّ التفكير الفقهي بالتخريج عليها، وتفريع الوجوه والأقوال منها.

ويلزم الالتفات إلى أنه لا غنى لأيِّ نظام قانونيٍّ - ولو في بعض درجات إعماله - عن التقليد؛ إذ لا حاجة لاشتراط بلُوغ القضاة والمحقِّقين جميعهم رتبة الاجتهاد. ويبيِّن وائل حلاق - بوضوحٍ كافٍ - أن المذاهب الفقهية مدينةٌ بوجودها للتقليد؛ إذ لو ارتقى العلماء جميعًا ذروةَ الاجتهاد المطلق دون انتماء أو ولاء للآباء المؤسسيين، لَما تشكَّلت المذاهب الفقهية.

والحقُّ أن التقليد في تفاعله الحيِّ مع ما سُمي «**الاجتهاد المطلق**» هو الذي ضمن استمرار المذاهب المعروفة. ويستمدُّ هذا التفاعل طاقاته من قوة الدور الذي

لعبه «**التخريج**» على أقوال الأئمَّة[٤]؛ إذ لعب هذا التخريج وظيفةً مزدوجةً تمثَّلت - من جهةٍ - في تنمية حصيلة موروث الأئمَّة بإعمال المبادئ التي اعتمدوها في الوقائع التي واجهت العلماء المنتسبين إليهم، كما أن التخريج هو الذي هيمن - من جهةٍ أخرى - على آليات الاجتهاد المنتسب، كي يقدِّم الحلَّ للتناقض الداخلي الذي ينطوي عليه الاجتهاد في علاقته بالانتساب، بحكم الحرية التي يستلزمها الاجتهاد في مقابل التقييد الذي يوجبه الانتساب.

وكان إعمال المبادئ التي تشكَّلت بمرور الوقت من النصوص وعمل القضاة عن طريق التخريج عليها، هو الواسطة التي يسَّرت هذا الحلَّ. وتشي أنواع التخريج المختلفة التي تتراوح بين استخراج الأصول من الفروع، أو الفروع من الأصول، أو الفروع من الفروع؛ بوجود المبادئ في الفروع، مما ييسِّر استنباطها والبناء عليها. وإذ يعني التخريج - طبقًا للتعريف الشائع - بيان رأي مفترض لإمام المذهب في المسائل التي لم ينظرها، وإضافة الحكم المستنبط إليه، فقد يؤدي هذا إلى نتيجةٍ لا تخلو من طرافة، وهي أن المنتسبين للمذهب هم الذين أضافوا لأئمتهم ما أوجبوا العمل به وتقليده.

ولا يشمل التقليد عملَ العاميِّ بقولِ العاميِّ أو عملَ المجتهد بقولِ العاميِّ، وإنما ينحصر بمعناه الاصطلاحي في أخذ العاميِّ بقول المجتهد، دون بحثٍ في الدليل لعجز العاميِّ عن ذلك. وإذا قلَّد المجتهد مجتهدًا، فإن المقلِّد يتخلَّى عن مكانته رغم قدرته على الاجتهاد، وينزل إلى رتبة العاميِّ عند ذلك، وهو الذي يمكن أن ينسحب على عمل القضاة المشاورين للمفتين في كثيرٍ من الأحوال.

(٢) حكمه:

يتجه جمهور العلماء إلى امتناع التقليد في أصول الدين؛ كمعرفة الله تعالى، والاستدلال على وجوده ووحدانيته واتصافه بصفات الكمال، وفي هذا

---

(٤) ينصرف التخريج في الاستعمال الغالب إلى استنباط رأي الإمام في الفروع والمسائل الجزئية التي لم يرد عنه فيها نصٌّ، وذلك بإلحاقها بمسألة تشبهها، أو بإدخالها تحت قاعدة من قواعده. انظر: يعقوب الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، مكتبة الرشد بالرياض، (١٤١٤هـ)، ص١٢.

يقول الآمدي: «اختلفوا في جواز التقليد في المسائل الأصولية المتعلِّقة بالاعتقاد في وجود الله تعالى، وما يجوز عليه وما لا يجوز عليه، وما يجب له وما يستحيل عليه؛ فذهب عبيد الله بن الحسن العنبري إلى جوازه، وذهب الباقون إلى المنع منه، وهو المختار»[٥].

ويستدلُّ الجمهور على امتناع التقليد في الأصول بما جاء في القرآن الكريم من ذمِّ هؤلاء الذين اكتفوا بتقليد معتقدات آبائهم دون تفكيرٍ أو تأمُّلٍ فيها، يقول الله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ مَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ فِى قَرْيَةٍ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَآ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّقْتَدُونَ ﴿٢٣﴾ قَٰلَ أَوَلَوْ جِئْتُكُم بِأَهْدَىٰ مِمَّا وَجَدتُّمْ عَلَيْهِ ءَابَآءَكُمْ قَالُوٓاْ إِنَّا بِمَآ أُرْسِلْتُم بِهِۦ كَٰفِرُونَ ﴿٢٤﴾﴾ [الزخرف: ٢٣-٢٤].

أما التقليد في الأحكام الشرعية العملية، فقد اختلف فيه الأصوليون واتجهوا في ذلك الاتجاهات التالية:

(١) **القول بمنع التقليد دون معرفة بالدليل**، وكأن على العاميِّ عندما يسأل عن حكم ما يريده أن يسأل عن دليل هذا الحكم كذلك، وقد أخذ بهذا الرأي ابن تيمية وابن القيم وابن حزم والشوكاني، ويعبِّر ابن حزم عن هذا الرأي بقوله: «التقليد كله حرامٌ في جميع الشرائع، ولم يخص الله بذلك عاميًّا من عالم ولا عالمًا من عاميٍّ. وخطاب الله تعالى موجَّه إلى كل أحد، فالتقليد حرامٌ على العبد المجلوبِ من بلده، والعاميِّ، والعذراء المخدرة، والراعي في شَعف الجبال، كما هو حرام على العالم المتبحِّر ولا فرق»[٦]، وقد خصَّص ابن حزم الباب السادس والثلاثين من كتابه «الإحكام» لذمِّ التقليد والمنع منه.

(٢) **جواز التقليد للعاميِّ الذي لا يملك القدرة على الاجتهاد**، ويستدلُّ القائلون بأن تكليف العوام بالوصول إلى رتبة الاجتهاد يلزم عنه تعطُّل مصالح الناس، واختلال نظامهم، وشلُّ الحركة الاجتماعية؛ إذ كيف يمكن أن ينصرف أفراد الأمَّة جميعهم إلى التماس الاجتهاد وتعلُّم العلوم التي تلزمهم لذلك. وقد أوجب القرآن انصرافَ طائفةٍ لالتماس التفقُّه ورجوعهم إلى قومهم، ولم يوجب

---

(٥) الإحكام للآمدي (٤/ ٣٠٠).

(٦) الإحكام لابن حزم (٦/ ٢٩٦).

انصرافَ الجميع لذلك. أما الآيات الدالَّة على ذمِّ التقليد، فتنصرف إلى النهي عن نوعٍ منه، وهو الذي لا يقوم على حجَّة، ولا ينهض على أساسٍ؛ كتقليد الجاهلِ للجاهل، والضال للضال، وقد نبَّه القرآن هؤلاء الذين يتبعون آباءهم بأن هؤلاء الآباء ضالون مضلون، ولهذا ينهى الأجيال التالية عن اتباعهم.

ويستدلُّ الغزالي على جواز تقليد العاميِّ بفعل الصحابة: «فإنهم كانوا يفتون العوامَّ، ولا يأمرونهم بنيل درجة الاجتهاد، وذلك معلومٌ على الضرورة والتواتر من علمائهم وعوامهم»[٧].

(٣) التمذهب بمذهبٍ معيَّن:

معناه التزام العاميِّ بأحد المذاهب المعتبرة بحيث لا يخرج عمَّا جاء فيه، وقد اختلف فيه الأصوليون كذلك واتجهوا الاتجاهين التاليين:

الأول: وجوب التزام العاميِّ مذهبًا معينًا لا يتعدَّاه، وهذا هو مذهب ابن الصلاح وإمام الحرمين والغزالي في «**المنخول**»، يقول إمام الحرمين: «أجمع المحققون على أن العوامَّ ليس لهم أن يتعلَّقوا بمذاهب أعيان الصحابة رضي الله عنهم، بل عليهم أن يتبعوا مذاهب الأئمَّة الذين سبروا ونظروا، وبوَّبوا الأبواب، وذكروا أوضاع المسائل»[٨].

وقد رجَّح ابن السبكي وجوبَ التزام العاميِّ بمذهبٍ معيَّن لا يخرج عنه؛ لأن عدم الالتزام من العاميِّ بأحد المذاهب يؤدي إلى تتبُّعه رخص المذاهب[٩]. وإنما نشأ هذا الرأي بعد اكتمال المذاهب وسيطرتها على الناس، وقد نقل الشعراني عن إمام الحرمين والغزالي والكيا الهراس من الشافعية أنهم كانوا يلزمون تلاميذهم بالتقيُّد بمذهب الشافعي، وأنهم كانوا لا يرون لهم عذرًا في العدول عنه[١٠].

وقد بالغ الكرخي في هذا الاتجاه، فذهب إلى وجوب حملِ كل آيةٍ أو

---

(٧) المستصفى (٢/ ١٤٢).

(٨) البرهان للجويني (٢/ ٧٤٤).

(٩) جمع الجوامع (٢/ ٤٠٠).

حديثٍ يخالف مذهب أصحابه الأحناف على التأويل أو النَّسْخ، حتى يتقلد المقلِّد بهذا المذهبِ دون خروجٍ عليه لأيِّ سببٍ. ولعلَّ أشهر مَنْ دافع عن قضية التمذهب في العصر الحديث هو محمد زاهد الكوثري، الذي كان يرى أن اللامذهبية قنطرةُ اللادينية، وكان يرى أن الداعين إلى عدم التمذهب لا عقل لهم أو أنهم عملاء: «لهم غاية ملعونة ترمي إلى تشتيت اتجاه الأمَّة الإسلامية في شؤون دينهم ودنياهم تشتيتًا يؤدي بهم إلى التناحر والتنابذ يومًا بعد يوم، بعد إخاء مديد استمرَّ منذ بزغت شمس الإسلام إلى اليوم»(١١).

وفي إطارٍ من هذا الرأي صيغت مجلة الأحكام العدلية التي طُبِّقت في تركيا والشام والعراق، والمستمدَّة في جميع أحكامها من المذهب الحنفي.

الثاني: عدم وجوب التمذهب بأحد المذاهب، وقد رجَّح ابن القيم هذا الرأي، ورأى أنه هو الصوابُ المقطوع به؛ إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولم يوجب الله ولا رسوله على أحدٍ من الناس أن يتمذهب بمذهبِ رجلٍ من الأمَّة، فيقلِّده دينه دون غيره، وينقل عن الأئمَّة أنفسهم المنعَ من تقليدهم بغير الأدلَّة التي تستند إليها أقوالهم، فعن أبي يوسف أنه قال: «لا يحلُّ لأحدٍ أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلنا»(١٢).

وقد اتجه القائلون بعدم وجوب التمذهب والأخذ بأقوال إمامٍ من الأئمَّة المجتهدين إلى اشتراط ما يلي:

(١) عدم قصد تتبُّع رخص المذاهب وتيسيراتها لمجرَّد كونها رخصًا؛ لأن هذا يؤدي إلى الأخذ بالتشهِّي والهوى وإسلام المرء قياده لرغباته مما ينافي التكليف، وقد قال الإمام أحمد بن حنبل: «لو أن رجلًا عمل بكل رخصة، بقول أهل الكوفة في النبيذ، وأهل المدينة في السماع، وأهل مكة في المتعة؛ كان فاسقًا»(١٣).

---

(١٠) الميزان الكبرى للشعراني، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، (١/ ٤٣).

(١١) مقالات الكوثري، المكتبة التوفيقية، القاهرة، (بدون تاريخ)، ص١٣٠.

(١٢) إعلام الموقعين (٢/ ١٠٢).

(١٣) البحر المحيط للزركشي (٤/ ٦٠٢).

(٢) الاستناد في التخيُّر من المذاهب المختلفة إلى دليلٍ شرعيٍّ معتبر، طبقًا لما يرد توضيحه فيما بعد.

وقد ظهر التمذهب بعد نموِّ النظر الفقهي فيما تلا منتصف القرن الثاني الهجري، ورفع الأئمَّة المؤسسين للمذاهب إلى درجاتٍ رفيعة، تمثَّلت من الناحية الفنية في انفرادهم بتملُّك شروط الاجتهاد المطلق، ومن الناحية الدينية والأخلاقية في نعتهم بأسمى آياتِ الورع والتقوى الموجبة للثقة بأقوالهم في التعبير عن شرع الله، وهو الجانب الذي توافرت عليه أدبيات الطبقات والمناقب.

وأسهم التخريج بدوره في تمكين أئمَّة المذاهب من الحكم فيما استجدَّ بعدهم من فروعٍ، مما يمنحهم قدرةً شبه كاملة على متابعة الواقع المتجدِّد. وإذ يشتمل التخريجُ في أحد أقسامه على استنباط الأصول من الفروع، فقد تمكَّن الأتباع المنتسبون كذلك من استنباط الأصول التفصيلية لأئمتهم من الفروع التي سبق أن أضافوا بعضها إليهم، ليحقِّقوا لهم رتبة الاجتهاد المطلق. ولمَّا كان التخريج عملًا اجتهاديًّا، فقد كان من الطبيعي أن تتعدَّد الأقوال المنسوبة إلى الأئمَّة، وأن يبدأ نشاطٌ علميٌّ آخر يتجه إلى اختبار نسبة هذه الأقوال المتضاربة إلى الأئمَّة من جهة، وإلى العمل على التوفيق بينها من جهةٍ أخرى.

والحقُّ أن المذاهب الفقهية عملٌ جماعيٌّ تشكَّل من جهود أجيالٍ متتالية؛ إذ لا سبيل إلى إنكار الدور الذي قدَّمه قضاة الصحابة والتابعين، وفتاوى أعلام مدرسة الكوفة في تكوين الملكة الفقهية لأبي حنيفة، ومذهبه مدينٌ في تكوينه لهؤلاء الأسلاف بالقدر ذاته الذي يدين به لأعلام المذهب بعد أبي حنيفة من المخرجين والمفتين والمصنفين على النحو الذي أوضحه وائل حلاق بأناةٍ ودأبٍ بالغَيْن[١٤].

وتجدر الإشارة إلى أن أتباع المذاهب لم يشاءوا نسبة أي فضلٍ لأنفسهم في التنمية والتطوير، واكتفوا في تواضعٍ غير حقيقيٍّ بالقيام بدور الحرَّاس الأوفياء والحفَّاظ الأمناء.

---

(١٤) وائل حلاق، السلطة المذهبية في الفقه الإسلامي، ترجمة: عباس عباس، دار المدار الإسلامي، (٢٠٠٧م).

(٤) وظائف التقليد:

يلزم التفريق بين تقليد العوام والتقليد الخلَّاق الذي اعتمدت عليه المذاهب الفقهية في استمرار وجودها وإقدارها على متابعة الواقع واستنباط أحكام النوازل المتجدِّدة. وقد أفاض الزركشي وغيره في النظر إلى تقليد العاميِّ، والاستدلال على أنه ليس محض تقليد؛ إذ «لا بدَّ له من نوع اجتهاد... لأنه يبذل مجهوده في الأخذ بقول الأعلم»[١٥]، ولأن قول العالم حجَّة في حقِّه، فيستند عمله بهذا إلى نوعِ دليل، بخلاف التقليد الذي يعني الأخذ بالحكم دون معرفة بالدليل. وبهذا الرأيَ «جزم القاضي والغزالي والآمدي وابن الحاجب»[١٦].

وطبقًا لهذا الرأي، فإن الاجتهاد يتسع كي يشمل - من باب أَوْلَى - عملَ المفتي والقاضي المنتسبين لأيِّ مذهبٍ من المذاهب، بحكم اضطرارهما للمبدأ الملائم للحكم في الواقعة الماثلة، والأدلَّة التي ترجِّح إعماله. ومع ذلك، فالذي عليه جمهور الأصوليين أن العاميَّ بمتابعته عالمًا أو مذهبًا «مقلِّد له فيما يأخذ به... لأنه لا يعرف حجَّة ما يصير إليه... ولو لم يكن تقليدًا فليس في الدنيا تقليد»[١٧].

وتمتدُّ سلطة أئمَّة المذاهب إلى العوامِّ عن طريق التقليد بالنظر إلى ما قرَّره الأصوليون بشأن اعتبار العوام مقلدين أئمَّة المذاهب في استفتائهم العلماء الذين يفتونهم برأي هؤلاء الأئمَّة[١٨]. توضيحه أن العاميَّ إذا طلَّق امرأته ثلاثًا فاستفتى عالمًا أفتاه بوقوع الطلاق ثلاثًا، وأن امرأته بانتْ منه بينونةً كبرى، طبقًا لرأي أئمَّة المذاهب الأربعة، ثم ذهب إلى عالمٍ آخر أفتاه بوقوع الطلاق مرة واحدة طبقًا للنص القرآني: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وما أخذ به ابن تيمية، فالأقرب إلى الذهن أنه يكون مقلدًا لابن تيمية، لا العالم الذي دلَّه عليه.

ولا يبعد عن المنطق نفي التقليد عن هذا العاميِّ إذا بذل بعض الجهد في فهم دليل ابن تيمية، ورجَّحه على الرأي الآخر الذي لا يتضح له دليله بالقدر ذاته الذي فهم به الدليل القرآني. وهكذا يتضح أن وظيفة التقليد الأساسية هي

---

(١٥) البحر المحيط (٤/٥٥٧).

(١٦) نفسه (٤/٥٥٧).

(١٧) نفسه (٤/٥٥٧).

(١٨) نفسه (٤/٥٥٧).

ضمانُ تدفق الأتباع والمنتسبين إلى المذهب وتطبيق الجمهور لمبادئه. وتكتسب أحكام العبادات والحلال والحرام أهميةً خاصَّة في وصل الجماهير بالمذاهب.

وللتقليد وظيفةٌ أساسية أخرى تتمثَّل في تحديد أصول المذهب والقواعد والعِلل التي ينبني عليها، «وذلك من خلال تتبُّع الفروع الفقهية واستقرائها استقراءً شاملًا يجعل المخرِّج يطمئن إلى ما توصَّل إليه، فيحكم بنسبة ذلك الأصل إلى الإمام»[١٩].

وهو ما يوضِّحه الدهلوي بقوله: «وعندي أن المسألة القائلة بأن الخاصَّ مُبيَّن ولا يلحقه البيان، وأن الزيادة نَسْخ، وأن العام قطعيٌّ كالخاص، وأن لا ترجيحَ بكثرة الرواة، وأنه لا يجب العمل بحديثِ غير الفقيه إذا انسدَّ به بابُ الرأي، وأن لا عبرةَ بمفهوم الشرط أو الوصف أصلًا، وأن موجَب الأمر هو الوجوب البتَّة، وأمثال ذلك أصولٌ مخرَّجة على كلام الأئمَّة، وأنها لا تصحُّ بها رواية عن أبي حنيفة وصاحبيه»[٢٠].

وينطبق ذلك على أصول المالكية والحنابلة التي جُمعت فيما بعد مالكٍ وابن حنبل[٢١]؛ فمقتضى الأمر الفور عند مالكٍ في تخريج ابن القصار، والتراخي عند محمد بن الحسن في تخريج الأحناف لرأيه، ولابن حنبل رأيان مخرَّجان على قوله بالفور والتراخي[٢٢]. ولم يتناول أبو حنيفة موضوع قطعيَّة دلالة العام، وإنما استخرجه له أتباعه وعلماء مذهبه[٢٣].

ويهدف هذا النشاط الذي قام به **«أهل الترجيح»** إلى استكمال أصول المذهب، مما لا يمكن التوفيق بينه وبين ادعاء الأتباع نسبة ما سمي بالاجتهاد المطلق إلى الأئمَّة المؤسسين للمذاهب.

---

(١٩) يعقوب الباحسين، التخريج، ص١٢.

(٢٠) الإنصاف في بيان أسباب الخلاف لشاه ولي الله الدهلوي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ)، ص٨٨ وما بعدها؛ وحجة الله البالغة (١/ ١٦٠).

(٢١) يعقوب الباحسين، التخريج، ص٢٨.

(٢٢) نفسه، ص٣١؛ وأصول السرخسي (١/ ٢٦).

(٢٣) يعقوب الباحسين، التخريج، ص٣١؛ وأصول السرخسي (١/ ١٢٣).

وقد لعب التقليد دورًا آخر تمثَّل في معالجة ما نشأ عن هذه الحرية الأكاديمية التي نعِم بها أهل التخريج من تنوُّع إبداعاتهم في نسبة الآراء والأقوال والوجوه إلى أئمَّة المذاهب، وتعدُّد الآراء في المذهب الواحد. وقام بهذا الدور كلٌّ من أهل التصحيح والترجيح على النحو الذي فصَّله وائل حلاق مما تحسن الإشارة إليه. وهو لا يجد فرقًا في استعمال مصطلحي التصحيح والترجيح(٢٤). وهو ما يشهد له أن عبارة: «**وهو الأصحُّ عندنا**»، لا تعني سوى أنه الأرجح.

وقد نتج عن جهد التصحيح والترجيح تصنيفُ الآراء الفقهية المتداولة في المذهب: إلى شاذةٍ تفرَّد بها أحدُ الفقهاء، وإلى ضعيفةٍ بالنظر إلى الأدلَّة التي تستند إليها، وإلى غريبةٍ بالنظر إلى ضعف قبولها، وإلى راجحةٍ مقبولةٍ في العمل من جانب القضاة والمفتين، أو مرجوحةٍ يقلُّ العمل بها بالنظر إلى مقابلتها.

ولا يستند نشاط التصحيح والترجيح إلى وزن الأدلَّة وحدها، بل يستند كذلك إلى رعاية المصالح الاجتماعية. وهذا ما قد يدلُّ عليه تتبُّع اصطلاحات الفتوى والترجيح في المذاهب كقولهم: **وعليه الفتوى، وبه يُفتى، وبه نأخذ، وعليه الاعتماد، وعليه عمل الأمَّة، وهو الصحيح، أو الأصح، أو الأظهر، أو الأشبه، والأوجه، وبه جرى العرف، والمتعارف، وبه أخذ علماؤنا، والمُختار**(٢٥).

وقد يُفتَى بخلاف الصحيح لكونه هو الأحوط أو الأرفق بالناس أو الأوفق للتعامل والمصالح والضرورات(٢٦). وقد أجمل ابن عابدين مصطلحات الأحناف في الترجيح مما يحتاج إلى تأمُّلٍ خاصٍّ في أبيات منظومته المسمَّاة بعقود رسم المفتي(٢٧).

وإذ تضمَّن التقليد القيامَ بتخريج الأصول من الأصول، والفروع أيضًا،

---

(٢٤) وائل حلاق، السلطة المذهبية، ص١٩٦.

(٢٥) رد المحتار لابن عابدين (١/ ٧٢)، وشرح المنظومة المسماة بعقود رسم المفتي (١/ ٣٤) وما بعدها.

(٢٦) محمد إبراهيم الحفناوي، الفتح المبين في تعريف مصطلحات الفقهاء والأصوليين، (بدون تاريخ وبيانات)، صفحات (٢٣-٣٢-٥٠-٥٢).

(٢٧) عقود رسم المفتي لابن عابدين، من البيت (٥٧) وما بعده: =

مع استنباط أحكام الفروع من الأصول والفروع كذلك، فضلًا عن التصحيح والترجيح بوزن الأدلَّة على ضوء الواقع والمصالح والضرورات، فإن لهذا كلِّه معنًى واحدًا، هو أن الهدف الذي اتجه إليه علماء المذاهب هو الحفاظُ على المذهب بإقداره على التلاؤم مع واقع الناس ومصالحهم مع الحفاظ على ثوابته؛ ولذا لم يجد المحدثون صعوبةً تُذكَر في صياغتهم لمجلة الأحكام العدلية التي اقتصرت على المذهب الحنفي وحده في تشريع المعاملات المدنية والإثبات والتقاضي. وكذا وُفِّق فريق دي سانتيلانا عام (١٩٠٦م) في صياغة قانون مدني تونسي مستمدٍّ من الفقه المالكي.

وما تزال لهذه المجلة والقانون تأثيرهما البالغ إلى الآن في صياغة كثيرٍ من القوانين المدنية العربية. والنتيجة المؤكَّدة أن للتقليد وظائفَهُ التي أداها بكفاءةٍ بالغةٍ عن طريق امتزاجه بالاجتهاد. لقد أسلم التقليد الممزوج بالاجتهاد التفكير الفقهي إلى العصر الحديث ليعمل في المجالات التي تركت له بهذه الآليات التي طورها على ما سنراه بعد قليل.

(٥) المفتون والقضاة والمصنفون:

لا يكتمل الحديث عن الاجتهاد والتقليد دون إشارةٍ - ولو موجزة - إلى مجهودات الإبداع الفقهي الذي قدَّمه هؤلاء الذين شكَّلوا بجهودهم على مرِّ الأجيال النظام القانوني الإسلامي. ورغم تكامل جهود هذه الفئات الثلاث في

= وحيثما وَجَدْتَ قولَيْن وقَدْ ... صُحِّح واحدٌ فذاك المعتمَدْ
بنحو: ذا الفتوى عليه، الأشبه ... والأظهر، المختار ذا والأوْجَه
أو: الصحيح والأصحُّ آكَدُ ... منه، وقيل: عكسه المؤكَّدُ
كذا: به يفتى، عليه الفتوى ... وذانِ من جميع تلك الأقوى
وإن تجِدْ تصحيحَ قولَيْن وَرَدْ ... فاخْتَرْ لما شئتَ، فكلٌّ معتمَدْ
إلَّا إذا كانا صحيحًا وأصح ... أو قيل: ذا يفتى به، فقد رَجَح
أو كان ذا أوفق للزمان ... أو كان ذا أوضح في البرهان
والعرفُ في الشرع له اعتبار ... لذا عليه الحكمُ قد يُدار
ولا يجوز بالضعيف العملُ ... ولا به يجاب مَنْ جَا يسألُ
إلا لعاملٍ له ضرورة ... أو مَنْ له معرفةٌ مشهورة

تطوير النظام القانوني الإسلامي، فإن عناية الأصوليين اتجهت إلى المفتين على نحوٍ خاصٍّ، وذلك ببيان طبقاتهم، والتشدُّد في اشتراط اجتهادهم، مع ضبط صفات أحكامهم.

ولن أفصِّل في الإشارة إلى التصنيفات المختلفة لطبقاتهم بدءًا بابن الصلاح (ت: **٦٤٣هـ**) في كتابه «**أدب المفتي والمستفتي**»، والسبكي (ت: **٧٧١هـ**)، ومرورًا بابن كمال باشا (ت: **٩٤٠هـ**)[٢٨]، وابن قيم الجوزية (ت: **٧٥١هـ**)، والدهلوي[٢٩]، والكوثري (ت: **١٩٥٢م**)[٣٠]، وأبو زهرة (ت: **١٩٧٤م**) وغيرهم.

وأفضِّل التمييز بين أربع طبقات للمفتين: **أولاها** طبقة المجتهدين غير المنتسبين لأيٍّ مذهبٍ من المذاهب، إمَّا لأنهم برزوا قبل نشأتها، أو أنهم أتوا بعدها ولم ينسبوا أنفسهم لأيٍّ منها. **والثانية** طبقة كبار المجتهدين الذين ساوت جهودهم في تكوين المذهب جهود إمامهم الذي صارت نسبتهم إليه فيما بعد. **والثالثة** طبقة المخرِّجين والمرجِّحين والمصحِّحين للروايات في المذهب المنتسبين إليه. **والرابعة** طبقة الحفَّاظ والنَّقَلة الذين تدربوا تدريبًا نظريًّا وعمليًّا، بحيث يمكِّنهم من فهم المبادئ وتنزيلها على الوقائع التي تعرض لهم للحكم فيها. وقد ينطبق هذا التصنيف على غير المفتين من أصحاب المطولات الفقهية والقضاة، بحكم تبادل الأدوار التي قامت بها هذه الفئات المتنوِّعة الاختصاصات والوظائف.

أما عن الشروط الواجب توافرها في المفتي، فيجملها ابن السمعاني بقوله: «المفتي من استكمل ثلاث شرائط: الاجتهاد، والعدالة، والكف عن الترخُّص والتساهل»[٣١]. والمنطقيُّ أن يشتدَّ اشتراط الاجتهاد في القاضي لخطورة حكمه، ولزومه. وهذا ما يؤكِّده ابن السمعاني بقوله: «ويلزم الحاكم

---

(٢٨) شرح منظومة رسم المفتي لابن عابدين (١/٦).

(٢٩) عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد لولي الله الدهلوي، ص٥-١٧.

(٣٠) محمد زاهد الكوثري، حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي، المكتبة الأزهرية للتراث.

(٣١) البحر المحيط (٦/ ٣٠٥).

من الاستظهار في الاجتهاد أكثر مما يلزم المفتي»[٣٢]. ولا يكفي حفظ نصوص الأئمَّة وأقوال الناس للتصدي للإفتاء فيما قرَّره الجويني[٣٣].

وتحتشد المطولات الفقهية بأحكام المجتهدين المنتسبين إلى المذاهب من المخرِّجين والمرجِّحين التي يمكن تصنيف بعضها إلى ما يلي:

أ - **الحكم المنسوب إلى إمام المذهب روايةً عنه.** وقد تتعدَّد الرواية عنه إلى الروايتين أو الثلاث، ليبدأ عمل أهل الترجيح على ما تقدَّم. وقد تُطلق الرواية على ما هو مخرَّج عن الإمام، وإن وجب التنبيه إلى أنها مخرَّجةٌ وليست أقوالًا[٣٤].

ب - **الأقوال التي من المفترض أن يكون الإمام قد نصَّ عليها، أو أومأ إليها.** ولا تصحُّ نسبة قولَيْن لا يمكن الجمع بينهما إلى الإمام رغم كثرة وقوع ذلك في المذاهب المختلفة[٣٥].

ج - **الوجوه والأوجه**، وهي التخريجات المتنوِّعة على ما قد يُستفاد من القواعد والمبادئ المستنبطة مما أفتى فيه الإمام، أو من استدلالاته وتعليلاته وأفعاله[٣٦].

د - **الطرق في اصطلاح الشافعية**، ومعناه اختلاف الأصحاب في ضبط المذهب وتحريره بحكاية أقوالٍ أو أوجه في المسألة الواحدة[٣٧].

وحاصل هذا كله أن الآراء الفقهية داخل المذهب الواحد متعدِّدةٌ تعددًا كافيًا لمواجهة الظروف والاختيارات المتنوِّعة، مما يسَّر للمجدِّدين المحدثين العديد من الاختيارات التي تستجيب للاحتياجات الاجتماعية والتقدُّمية المعاصرة.

وأشير مرةً أخرى إلى رسالة محمود فتحي عن التعسُّف في استعمال الحقِّ في التشريع الإسلامي، حيث أتت هذه الرسالة في ظروف الصراع داخل فرنسا

---

(٣٢) البحر المحيط (٦/ ٣٠٦).

(٣٣) نفسه (٦/ ٣٠٧).

(٣٤) يعقوب الباحسين، التخريج، ص٣٤٧.

(٣٥) نفسه، ص٣٤٧.

(٣٦) نفسه، ص٣٤٧.

(٣٧) نفسه، ص٣٤٩.

بين التقدُّميين الذين أرادوا تغليب النزعة الجماعية في استعمال الحقِّ على حساب النزعة الفردية والاقتصاد الحر الذي أسَّسته نظريات آدم سميث.

وقد أتاحت هذه الأقوال والأوجه والروايات والطرق والتخريجات المكوناتِ اللازمة لبناء نظرية متكاملة عن الحقِّ واستعماله والتعسُّف في هذا الاستعمال وسط الجدل الدائر في فرنسا آنذاك بين أنصار المذهب الفردي والاشتراكيين التقدُّميين. وينطبق ذلك أيضًا على التقنينات الحديثة التي أرادت الارتباط بهذا الموروث الفقهي.

وأُشير أخيرًا إلى الجهد الضخم الذي بذله القضاة في البلاد العربية والإسلامية على امتداد ما ينيف على ثلاثة عشر قرنًا. ويلزم القول هنا بأن الجهد الإبداعي للقضاة لم يتيسَّر إدراكه بعدُ، وإن بدأ التنقيب فيما تحويه دور الوثائق القومية في هذه البلاد من سجلاتٍ وأحكامٍ قضائية تُقدَّر أعدادها بعشرات الملايين، مما سيفتح آفاقًا جديدةً لتقدير مدىً تنوُّع الاجتهادات وتعدُّد الآراء في المذاهب الفقهية.

(٦) مناهج تحديث التفكير الفقهي:

أقصت سلطات الاحتلال الإنجليزي النظامَ القانوني الإسلامي في شبه القارة الهندية بعد منتصف القرن التاسع عشر، ولم تترك له سوى مجال الأحوال الشخصية. وامتدَّ هذا الإقصاء ليشمل البلاد التي توالى وقوعها تحت سيطرة القوى الغربية.

وقد استعادت هذه البلاد استقلالها السياسيَّ بعد الحرب العالمية الثانية، لتتطلَّع إلى نيلِ استقلالها التشريعي والقانوني، وهو ما ظهر في نداءاتِ كثيرٍ من الفقهاء المتميزين، من أمثال: عبد الرزاق السنهوري، ومصطفى الزرقا، وطارق البشري، وعبد المنعم الصدة، ومحمد زكي عبد البر، ومحمد معروف الدواليبي، ومحمد حميد الله، وكثير غيرهم.

وقد تطلَّب العمل على تحقيق الاستقلال التشريعي التحرُّك في اتجاه تجديد الفقه وأصوله، وهو المطلب الذي اتفقت عليه الحركات السياسية

الداعية إلى الإصلاح في القرنين السابقين بمختلف انتماءاتها ومناهجها؛ وذلك لتثبيت مرجعية الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الهوية من جهة، ولأهمية ضبط إدارة العدالة وَفْقَ هذه المرجعية لتحقيق التقدُّم من جهةٍ أخرى.

وقد نشأت بذلك حركة مكتملة الأركان تسعى إلى المضيِّ في سبيل التجديد الفقهي، بدءًا من رفاعة الطهطاوي، ومحمد عبده، ورشيد رضا، إلى تلاميذهم والمتأثرين بهم. وقد نجحت هذه الحركة في تحديث التفكير الفقهي في مجالات المقارنة بالنُّظم القانونية الغربية، وصياغة النظريات الفقهية بالإفادة من أساليب الصياغة في التفكير القانوني الغربي وتعدُّد الاجتهادات الفقهية في المذاهب المختلفة، كما أثمرت محاولات عدَّة لأسلمة القوانين الصادرة في الفترة الاستعمارية والبحث عن علاقاتها بالموروث الفقهي اتفاقًا أو اختلافًا لإقرارها أو رفضها.

وتميزت هذه الحركة بأنشطتها هذه عن الاتجاهات التقليدية الساعية إلى حفظ الموروث وإعادة إنتاجه دون تحليلٍ كافٍ للظروف الاجتماعية التي نتج فيها. وأوجب هذا كلُّه بروز محاولات إعادة النظر في كثيرٍ من الأبنية الأصولية لاستدعاء الآليات الأصولية المُعينة لعمل هذه الحركة في التجديد الفقهي، قبل أن تتبلور في مخططاتٍ عامَّة تهدف إلى: «**تجديد أصول الفقه**». ويلزم لتتبُّع تطوُّر هذه المحاولات التمييز بين المراحل التي مرت بها، وذلك فيما يلي:

(أ) التجديد عند الطهطاوي (١٨٠١-١٨٧٣م)[٣٨]:

ولِد الطهطاوي في الخامس عشر من أكتوبر عام (١٨٠١م)، وهو اليوم الذي غادرت فيه قوات الاحتلال الفرنسية مصر، وتوفي عام (١٨٧٣م)، بعد حياةٍ حافلةٍ بالكفاح والجهد في صياغة مشروعه الفكري المؤيد لمشروع محمد علي باشا الذي وضع مصر على المستوى المادي في طليعة دول العالم المتقدِّم شرقه وغربه، وكان من الضروري أن يتضمَّن المشروع الفكري لهذا المجدِّد الأزهري نظراتٍ فاحصةً لما عليه التفكير الفقهي والأصولي، وما ينبغي أن

---

(٣٨) كافة هذا الأفكار مستلَّة من الأعمال الكاملة لرفاعة الطهطاوي في الدين واللغة والأدب، تحقيق: محمد عمارة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (٢٠١٠م).

يكون عليه لملاحقة المشروع المادي الطموح. وإذ لا يسوغ إهمال ما قدَّمه هذا الرائد فيما يتعلَّق بالتجديد الفقهي والأصولي، فإنني أجمل أبرز النقاط التي دعا إليها من ذلك فيما يلي:

(١) أفرد الطهطاوي الاجتهاد والتقليد بعنايةٍ خاصَّة، دون سائر موضوعات أصول الفقه، فتناوله في رسالةٍ خاصَّة بعنوان: «القول السديد في الاجتهاد والتقليد»، عرض فيها لتعريفه وأركانه وشروطه وأنواعه وتجزئه واستمراره والدور الذي قام به في تفصيل الأحكام الشرعية، بما يُظهر سعة الاجتهاد وكفاءته في ضبط الأحكام الحادثة.

(٢) يؤكِّد الطهطاوي قدرة الفقه الإسلامي على الاستجابة لمتطلبات الحياة الاجتماعية والسياسية الحديثة وتأثيره في القوانين الأوروبية الحديثة، رغم التسلُّط الغربي في فرض الاحتكام إلى قوانينهم في محاكم القناصل، وقوله في ذلك: «ومَنْ أمعن النظر في كتب الفقه الإسلامية ظهر أنها لا تخلو من تنظيم الوسائل النافعة من المنافع العمومية، حيث بوَّبوا للمعاملات الشرعية أبوابًا مستوعبة للأحكام التجارية، كالشركة والمضاربة والقرض والمخابرة والعارية والصلح وغير ذلك، ولا شكَّ أن قوانين المعاملات الأوروبية استنبطت منها، كالسُّفتجة التي عليها مبنى معاملات أوروبا، ولم تزل كتب المعاملات الشرعية إلى الآن تُتلى وتُطبَّق على الحوادث والنوازل علمًا لا عملًا كما ينبغي... حيث ترتب الآن في البلاد الإسلامية مجالس تجارية مختلطة لفصل الدعاوى والمرافعات بين الأهالي والأجانب بقوانين في الغالب أوروبية، مع أن المعاملات الفقهية لو انتظمت وجرى عليها العمل لما أخلَّت بالحقوق بتوفيقها على الوقت والحال، مما هو سهل العمل على من وفَّقه الله لذلك من ولاة الأمر المستيقظين... لا سيما في هذه الأزمان التي تكاملت فيها الأسباب وتطبَّقت على المسببات».

(٣) تتمثَّل الخطة التشريعية التي يتبنَّاها رفاعة في الحفاظ على التراث، والإفادة من الغرب؛ ذلك أنه يضمُّ إلى العدل التأكيد على مبدأ الحرية حين يقول: «إن التمدُّن مبناه على العدل والحرية»، ويعرِّف الحرية تعريفًا جامعًا بأنها: «رخصة (أي إباحة) العمل المباح من دون مانعٍ غير مباحٍ ولا معارض

محظور... فحرية أهالي كل مملكة منحصرة في كونهم لهم الحقُّ في ألَّا يكرهوا على فعل محظور، وأن يفعلوا المأذون شرعًا؛ فكل عضو من أعضاء المملكة يُرخص له أن يتمتَّع بجميع مباحات المملكة؛ فالتضييق عليه فيما يجوز له فعله بدون وجه مرعيٍّ يُعَدُّ حرمانًا له من حقِّه... وبهذا كان متعديًا على حقوقه، ومخالفًا لأحكام وطنه... فحقوق جميع أهالي المملكة ترجع إلى الحرية فتتصف المملكة... بأنها مملكةٌ متحصِّلة على حريتها، ويتصف كل فردٍ من أفراد هذه الهيئة بأنه حُرٌّ، يباح له أن ينتقل من دار إلى دار ومن جهة إلى جهة بدون مضايقة، ولا إكراه مُكره، وأن يتصرف كما يشاء في نفسه ووقته وشغله، فلا يمنعه من ذلك إلَّا المنع المحدود بالشرع أو السياسة، مما تستدعيه أصول مملكته العادلة، ومن حقوق الحرية الأهلية ألَّا يُجبر إنسان أن يُنفى من بلده أو يعاقب فيها إلَّا بحكمٍ شرعيٍّ أو سياسيٍّ مطابقٍ لأصول مملكته، وألَّا يُضيَّق عليه في التصرف في ماله كما يشاء، ولا يُحجر عليه إلَّا بأحكام بلده وألَّا يكتم رأيه في شيء، بشرط ألَّا يخلَّ بما يقوله أو يكتبه بقوانين بلده». وهكذا لا تتقيَّد الحرية المتاحة للفرد والمجتمع إلَّا بقوانين بلده.

ويقرِّر وقوع حقِّ الحرية وغيره من الحقوق تحت عنوان: «**الحقوق المدنية**»، يعني حقوق أهالي المملكة الواحدة بعضهم على بعض، وتُسمَّى بالحقوق الشخصية، في مقابلة الحقوق العمومية، وهي الأحكام التي تدور عليها المعاملات في الحكومة، وهذه الحقوق في كتب الفقه عبارة عن المعاملات والأنكحة والفرائض والوصايا والحدود والجنايات والدعاوى والأقضية. وبهذا فإن الحرية المحقِّقة لسعادة المواطنين هي تلك المبنيَّة على قوانين منضبطة وعادلة، فعنده أن: «الحرية هي الوسيلة العظمى في إسعاد أهالي الممالك؛ فإذا كانت الحرية مبنيةً على قوانين حسنة عدلية كانت واسطةً عظمى في راحة الأهالي وإسعادهم في بلادهم، وكانت سببًا في حبِّهم لأوطانهم. ولقد تأسَّست الممالك لحفظ حقوق الرعايا والحرية وصيانة النفس والمال والعرض على موجب أحكامٍ شرعية، وأصولٍ مضبوطة مرعية؛ فالملك يتقلَّد الحكومة لسياسة رعاياه على موجب القوانين».

(٤) يقدِّر الطهطاوي القوانين المحقِّقة لسعادة الرعيَّة والمبنيَّة على قواعد العدالة والحرية والمساواة. وهذه تعني التسوية بين المواطنين أمام القانون وفي

إجراء الأحكام، وعنده أن المساواة قرينةُ الحرية، وكلتاهما ملازمةٌ للعدل والإحسان، وهو إذ يدرك مزايا الشريعة الغراء بحكم خبرته العميقة بها في قوله عنها: «إن بحر الشريعة الغراء على تفرُّع مشارعه لم يغادر من أمهات المسائل صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها وأحياها بالسقي والريِّ، ولم تخرج الأحكام السياسية عن المذاهب الشرعية... لأنها أصلٌ، وجميع مذاهب السياسات منها بمنزلة الفرع»، فإنه وهو الخبير بالقانونين الفرنسيين المدني والتجاري اللذين ترجمهما الترجمة الوحيدة الباقية إلى الآن، مثلما أشرف على ترجمة غيرهما، ليدرك حاجة المجتمع إلى القانون في كفاحه نحو التقدُّم والرقي، ولا يرى أيَّ قدرٍ من التعارض بينهما ما دام كلٌّ منهما يتجه إلى تحقيق المنافع العمومية بالاستناد إلى الحرية والمساواة والعدل. ويكرِّر كثيرًا أن المعاملات الفقهية على النحو الذي ضبطته المذاهب السُّنية لو انتظمت وجرى عليها العمل لما أخلَّت بالحقوق، بتوفيقها على الوقت والحالة... ومن أمعن النظر في كتب الفقه الإسلامية ظهر له أنها لا تخلو من تنظيم الوسائل النافعة من المنافع العمومية. وهو يوظِّف قواعد العدل والحرية والمساواة والمصلحة العامَّة التي يطلق عليها «المنافع العمومية» في حلِّ مشكلة الازدواجية المقلقة بين الفقه والقانون.

(٥) لا يحتاج الفقه عنده لملائمة الحياة العصرية إلَّا إلى تنظيمه من حيث الشكل، والإفادة من المذاهب الفقهية السُّنية جميعها من حيث المضمون؛ إذ يقول بعد كلامٍ مطولٍ عن جواز تقليد أيٍّ من هذه المذاهب بوجوب «تنظيم كتابٍ للأحكامِ الشرعية بمناسبة تفرُّع النوازل في هذه الأيام بأكمل نظامٍ مما تنتظم به الأحكام القضائية في أوطاننا، ويكون عمدةً للقضاة والحكام»، وهذا هو ما صنعه تلميذه محمد قدري باشا فيما بعد في كتبه: مرشد الحيران، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، والإسعاف في أحكام الأوقاف. وقد فتح رفاعة بهذا كلِّه البابَ لتطوير لغة الكتابة الفقهية.

وخلاصة التجديد الذي أراده الطهطاوي في الأصول هو التشجيع على الاجتهاد، والخروج من دائرة الالتزام بالمذهب الواحد، وجواز التخيُّر منها، والقصد إلى تحقيق المنافع العمومية أو المصلحة، والاستناد في الاجتهاد إلى مقاصد العدل والحرية والمساواة، وقبول القوانين التي تحقِّق هذه المقاصد، والبحث عن أنماطٍ جديدةٍ في الصياغة الفقهية. ومن الملاحظ أنه يقدِّم هذا كلَّه

بلغة دقيقة هادئة وواضحة، مما أسهم في قبول أفكاره التجديدية، وأثرها البالغ في كلٍّ من الأفغاني ومحمد عبده ورشيد رضا.

(ب) التجديد عند الأفغاني (١٨٣٨-١٨٩٧م):

انطلق الأفغاني هو الآخر بهمَّة عالية في الدعوة إلى التجديد والتغيير غير آبِهٍ بالمخاطر والصعاب المتمثِّلة في غطرسة الحكَّام المستبدين الذين يفسحون المجالَ على الدوام للتدخلات الأجنبية، استقواءً بهم على القوى الداخلية المعارضة لهم؛ إذ لم يفرغ شاه إيران ناصر خسرو من إبداء الحفاوة به بعد استقباله في بلده حتى أعلن بقوةٍ ووضوحٍ عن لزوم التجديد والتغيير، وقد استغرق الأفغاني في أكثر كتاباته الموجهة لإيقاظ الأمم الإسلامية ولاستعادتها وعيها في الجهر بالخطوط العامَّة لخطة التجديد القائمة عنده على تصفية العقول من كَدر الخرافات وصدأ الأوهام، وبناء المعتقدات على البراهين القوية، واختصاص طائفة مجدِّدة ومخلصة بتعليم الناس أمور دينهم ودنياهم، والسعي لوحدة الأمم الإسلامية، وقد قادته هذه الخطوط العامَّة ذاتها إلى بلورة نظرية فقهية وسياسية لا ينهض مشروعه التجديدي والإصلاحي من دونها، وأهمُّ معالمها ما يلي:

(أ) النفور من التعصُّب المذهبي الذي يقترن بالاستبداد السياسي، وهما المسؤولان عن فقدان الأمَّة قدرتها وحيويتها، وإنما يتغذَّى هذا التعصُّب بالتقليد الذي يقدِّس رأي الأئمَّة، ويضع السدود والقيود على الاجتهاد.

(ب) لا يوجد أيُّ دليلٍ على انسداد باب الاجتهاد ولا على وجوب التقليد للأئمَّة من غير تمحيصٍ ولا نظر، وقد عُرف جمال الدين - كما يقول تلميذه محمد عبده - باستنكافه ونفوره من مثل هذا التقليد؛ «فكان يأخذ بالأحسن من الأقوال، ويردُّ الضعيف منها، ويجتهد للاستنباط، ويتناول الأقرب للصواب وما يقبله العقل».

ومما له دلالة في ذلك ما روي أن تلاميذه قد ذكروا في مجلسه رأيًا للقاضي عياض، واتخذوه حجَّةً، واشتدَّ تمسُّكهم بذلك القول حتى أنزلوه منزلة الوحي بأنه لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فقال جمال الدين: «يا سبحان الله إن القاضي عياضًا قال ما قاله على قدر ما وسعه عقله، وتناوله

فهمه، وناسب زمانه، فهل لا يحقُّ لغيره أن يقول ما هو أقرب للحقِّ وأَوجه وأصح من قول القاضي عياض أو غيره من الأئمَّة؟ وهل يجب الجمود والوقوف عند أقوال أناس، هم أنفسهم لم يقفوا عند حدِّ أقوال من تقدَّمهم؟ قد أطلقوا لعقولهم سراحها، فاستنبطوا وقالوا وأدلوا دلوهم في الدلاء في ذلك البحر المحيط من العلم، وأتوا بما ناسب زمانهم وتقارب مع عقول جيلهم».

وقد اعُترض عليه في ذلك بالنظر إلى أن مثل هذا القول يستلزم الاجتهاد الفقهي، وهو مسدود عند أهل السُّنة، وقد ضاق بهذا السؤال فيما يبدو من تتابع أسئلته، وقال: «ما معنى باب الاجتهاد مسدود؟ وبأيِّ نصٍّ سُدَّ باب الاجتهاد؟ أو أي إمامٍ قال لا ينبغي لأحدٍ من المسلمين بعدي أن يجتهد ليتفقه بالدين؟ أو أن يهتديَ بهدي القرآن وصحيح الحديث؟ أو أن يجدَّ ويجتهد لتوسيع مفهومه منهما؟ أو أن يستنتج بالقياس على ما ينطبق على العلوم العصرية وحاجيات الزمان وأحكامه دون منافاة جوهر النصِّ؟». ولا يرتاب الأفغاني كما يقول في: «أنه لو فسح في أَجَلِ أبي حنيفة ومالكٍ والشافعي وأحمد بن حنبل وعاشوا إلى اليوم لداموا مجدين مجتهدين يستنبطون لكل قضية حكمًا من القرآن والحديث، وكلما زاد تعمُّقهم وتمعُّنهم ازدادوا فهمًا وتدقيقًا، نعم أولئك الفحول من الأئمَّة ورجال الأمَّة اجتهدوا وأحسنوا، جزاهم الله عن الأمَّة خيرًا، ولكن لا يصحُّ أن يُقال إنهم أحاطوا بكل أسرار القرآن أو تمكَّنوا من تدوينها في كتبهم، والحقيقة أنهم مع ما وصلنا من علمهم الباهر وتحقيقهم واجتهادهم إن هو بالنسبة إلى ما حواه القرآن من العلوم إلا كقطرةٍ من بحر أو ثانية من دهر». والاجتهاد هو الطريق الصحيح للجمع بين الأصالة والمعاصرة.

(ج) وجوب الوعي بمقاصد الشرع الأساسية في تحرير الأمَّة من نيران الظلم الأجنبي والاستبداد المحلي؛ فإن القرآن كتابٌ «لا يرضى بالذلَّة والهوان أو السقوط في سلطة الأجانب. إن هذا الكتاب يعد أهله أن يظهر شأنهم على شؤون العالم أجمع... إن هذا الكتاب سبيل نهضة شاملة». وهو يضيف بهذا إلى مقاصد الشرع ما لم يتطرق إليه سوى معاصريه الطهطاوي وخير الدين التونسي. وإذا كان الطهطاوي قد استنبط مقصد المواطنة باعتباره لبنةً أساسيةً من لبنات مشروعه للتحضُّر والتمدُّن، فإن جمال الدين الأفغاني قد استنبط المقصود المناسب لمشروعه التحرُّري المقاوِم، مما يتعلَّق بكراهية الاستبداد الذي يمثِّل

الباب الذهبي للنفوذ الأجنبي، ويبدو من هذا أن بروز المقاصد الشرعية وتحديد أهميتها الفقهية مما يرتبط بالتحديات التي تواجهها الأمَّة.

(د) الحثُّ على الانتقال إلى الحكم الديمقراطي القائم على المبادئ الراسخة في الشرع من العدل والحرية والمساواة، وإقامة المؤسسات الشورية سبيلًا إلى التطبيق الشرعي الملائم للعصر لتحقيق سيادة القانون والشرع. ولم يكن كفاحه في تحقيق الحكم الديمقراطي صرخةً في وادٍ؛ فقد ثارت إيران على ناصر خسرو بعد وفاة الأفغاني بأقل من عشر سنوات، ويربط كثيرون بين آراء الأفغاني والحركة الدستورية الإيرانية وأحداثها المتلاحقة عامي (١٩٠٥-١٩٠٦م).

ويمكن القول مما سبق إيجازه بأن رصد الأفغاني لهذه المقاصد التي بذل كلَّ جهده لإحيائها من أهمِّ ما أضافه الأفغاني، وهي الإضافة التي أثرت فيمن بعده[٣٩].

(ج) التجديد عند محمد عبده (١٨٤٩-١٩٠٥م):

ارتكز مشروع محمد عبده الإصلاحي على محاولة ترقية الأمَّة في مجالات السياسة والعلاقات الاجتماعية والتعليم والاقتصاد بالارتكاز على نقد مشروع محمد علي الذي انهار باستبداده رغم النجاح الكبير في تحديث البلاد، وعلى السعي إلى إصلاح الفكر الفقهي والنظام القانوني، بما يحقِّق سعادة الأمَّة؛ فهو يؤكِّد أنه «إنما تسعد البلاد ويستقيم حالها إذا ارتفع فيها شأن القانون، وعلا قدره، واحترمه الحاكمون قبل المحكومين، واستعملوا غاية الدقَّة في فهم فصوله وحدوده، والوقوف على حقائق مغزاه، وسهروا لتطبيق أعمالهم جزئيَّة وكليَّة على منطوقه الحقيقي، عند ذلك تحيا البلاد حياةً حقيقية، وتسري فيها روح السعادة، وتهطل سحائب الرحمة»[٤٠].

والأهمُّ من ترقي الفكر الشرعي، ووضع القوانين، وتحديد النظامات،

---

(٣٩) الأعمال الكاملة لجمال الدين الأفغاني، تحقيق: محمد عمارة، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م)، مقال بعنوان: «انسداد باب الاجتهاد»، (٤/١٥٤٩-١٥٥٠)، بتصرف.

(٤٠) الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده، في الكتابات السياسية، تحقيق: محمد عمارة، دار الشروق، القاهرة، ص٢٩٩.

وتنقيح الأصول، والتسجيل في الدفاتر؛ هو التطبيق ومحاسبة كبار المسؤولين عن تطبيقه: «فإن أسعد البلاد ما نفذ فيها حكم القانون، وخاصةً إذا كان هذا القانون عادلًا يوافق مصلحة البلاد»[٤١].

ولا يسوغ الاستناد إلى المصلحة الاجتماعية وحدها في تطبيق القانون، بل لا بدَّ من اقترانها بالعدل. ويوضِّح محمد عبده ذلك في هذا المقال الجامع بالإشارة إلى حادثةٍ بلغتْهُ مما كُتب لنظارة الداخلية بالتلغراف أن أحد كبار الموظفين أخذ جملة أنفار لإصلاح ما تهدَّم من جسر سكة الحديد في الطريق إلى السويس. وإنما أخذ هؤلاء الأنفار «لما رآه من المصلحة العامَّة، مع تعهد إدارة السكة الحديد بدفع أجرهم»[٤٢].

وكان اعتراضه بأنه لا يجوز إجبار أحدٍ على العمل. وينصرف في مقالٍ آخر إلى بيان أن البديل للقانون هو الاحتكام إلى القوة، «والاستبداد والجور والعبث والفساد»[٤٣]. وإنما سعى الإنسان - في رأيه - بعد تحقُّقه من مفاسد تغليب القوة إلى الاحتكام للقانون «حتى صار ركنًا من لوازم حياته، وعدةً لمقاصده وغاياته، وملهجَ لسانه في بكراته وعشياته، إلى أن عرف به واجباته الحقوقية، وفرائض عيشته العمومية والخصوصية، وأمن به من مصائب الظلم ونوازله، والجور وغوائله، واطمأنَّ به على عِرضه وماله»[٤٤].

وينبِّه هؤلاء الذين يحتكمون إلى القوة دون القانون بأنهم معارضون «لمدبِّر العالم سبحانه وتعالى في أحكامه؛ فإنه عزَّ شأنه قد أقام الكون بنظام الحكمة، وإنه بباهر حكمته قد جعل للهيئة الإنسانية حدودًا عامَّة هي الشرائع وقوانين الآداب التي تحدِّد سَيْرَ الإنسان في معيشته لخاصَّة نفسه أو معاملته مع غيره، وقد أودعها العلماء والحكماء بطون كتب التهذيب والتربية البشرية»[٤٥].

وينتهي من ذلك إلى أن: «القانون هو سِرُّ الحياة، وعمادة سعادة الأمَّة،

---

(٤١) الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده، في الكتابات السياسية، ص٣٠٠.

(٤٢) نفسه، ص٣٠١.

(٤٣) نفسه، ص٣٠٦.

(٤٤) نفسه، ص٣٠٦.

(٤٥) نفسه، ص٣٠٧.

وأن القوة لا تأتي بثمرتها الحقيقية إلا إذا عضدت باتباع الشرع والقانون»[٤٦]. ولهذا يدعو إلى العمل على نشر القوانين، وتأليف لجانٍ تتولّى تبصير الناس به وإفهامه لهم، لتيسير أعماله، وكبح صغار المأمورين عن الإجراءات المضرة بالحكومة والأهالي معًا[٤٧].

ومبعث هذه الحداثة التي نشعر بها من مطالعة مقالَيْهِ عن احترام القانون والقوة المثبتَيْن في الأعمال الكاملة، أنه يزيل الالتباس القائم إلى الآن في العلاقة بين الشرع والقانون؛ إذ يوجب انصياع الأمَّة إلى القوانين الصادرة طالما أنها تحقِّق أمرين لا ثالث لهما، وهما: العدل والمصلحة. ويتفق في هذا بوضوحٍ مع ما قرَّره كلٌّ من ابن تيمية وابن القيم في ابتناء الشريعة على العدل والمصلَحة، مما سبقت الإشارة إليه.

ولا يثير محمد عبده في انشغاله في التأسيس لترقي الأمَّة عن طريق الاحتكام للقانون قضية احتمالات التعارض بين النصوص والمصلحة، التي شغل بها الأصوليون أنفسهم؛ ذلك أن القوانين عنده تابعةٌ لأحوال الأمَّة في الترقي والهبوط، ومتأثِّرةٌ بظروفها؛ لأن «قوانين كل أمَّة على نسبة درجتها في العرفان، واختلاف القوانين باختلاف الأُمم في الجهالة والعلم»[٤٨].

وتوضِّح هذه النَّبرة الخلدونية منهجَ محمد عبده في نظرته إلى أن الفكر القانوني يبدأ من الأمَّة والمجتمع، بخلاف النظر التقليدي الذي يبدأ فيه هذا الفكر من النصِّ، ويبعث مفهوم المصالح العامَّة والخاصَّة من كونه دليلًا مختلفًا في حجيته إلى أن يكون المقصود الأساسي للقوانين. وهو يطبق ذلك في تحليله لقانون الوظائف المدنية، وقانون المجالس المحلية؛ إذ يجب أن يهدف الأول إلى تعيين الأكفاء لضبط مصالح المجتمع، وبيان حدود الرؤساء والعمَّال، وحقوق كلٍّ منهما وواجباته، وتحديد شروط قبول المستخدم وموجبات رفته[٤٩]. أما الآخر فيتجه إلى تأكيد حقِّ الأمَّة في محاسبة الحكومة ومسؤوليتها

---

(٤٦) الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده، في الكتابات السياسية، ص٣٠٧.

(٤٧) نفسه، ص٣٣١.

(٤٨) نفسه، ص٣٣٥.

(٤٩) نفسه، ص٣٥٥.

عن أخطاء موظفيها، مما هو ضروريٌّ لتجنُّب الاستبداد، وإشاعة العدل وتحقيق المساواة وضمان حرية القول والتعبير الذي هو شرط ضروريٌّ لتنمية الروح الوطنية، وتحقيق التقدُّم(٥٠).

ويلجأ إلى النصوص كذلك في أحوالٍ عديدة؛ إذ يعلن موقفه من الكراهية البالغة للاستبداد ببيان أن نصوص الشريعة تمقته، وأنه: «معاند كل المعاندة لصريح الآيات الشريفة والأحاديث الصحيحة»(٥١)، التي أوجبت الشورى والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنُّصح للحكَّام، والعدل والمساواة، ومنع الإضرار بالناس، واحترام الرأي العام والقانون(٥٢).

لقد حدَّد محمد عبده مفهوم القانون بربطه بالمجتمع ودرجة ترقيه، كما استدعى من الفكر الشرعي لتحديد إطار القانون الذي يخدم مشروعه في التقدُّم مفاهيمَ المقاصد الشرعية والمصلحة والعدل والمساواة والشورى، مع الالتزام بحرية القول والتعبير ومسؤولية الدولة عن أخطاء تابعيها، مما فتح البابَ بعد ذلك للسنهوري وغيره في بناء نظرية للقانون لا تتناقض مع النصوص الشرعية. ولا يعني ذلك غياب الروح النقدية لدى محمد عبده في تحليله للقوانين الصادرة في وقته، على ما رأيناه في تحليله لقانوني الخدمة المدنية والمجالس المحلية.

ولا حقَّ في تناول التجديد الأصولي لدى محمد عبده بمعزلٍ عن الأنشطة التشريعية والقضائية والفقهية التي شهدتها مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر؛ فهو يشير إلى المقارنة بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي، ويسلِّم بغلبة التشابه بينهما، دون إشارةٍ إلى اسم مخلوف المنياوي الذي راد هذه المقارنة، وتدلُّ **«الفتاوى المهدية»** التي نشرتها دار الإفتاء المصرية أخيرًا على تناغمٍ مثمرٍ بين الفقه الحنفي والقضاء وأحداث السياسة(٥٣)، مما لا سبيل إلى الإطالة في رصده في هذا الحيز. وهناك كذلك ما اصطلح عليه بقوانين السياسة الشرعية التي كانت تطبِّقها مجالس الأحكام، لاستكمال الدور الذي

---

(٥٠) الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده، في الكتابات السياسية، صفحات (٣٦٢-٣٦٤-٣٦٩-٣٧٣-٣٧٥).

(٥١) نفسه، ص٣٧٨.

(٥٢) نفسه، ص٣٩٢.

تقوم به المحاكم الشرعية المقيدة بالمذهب الحنفي، لضمان حماية المصالح الشرعية، مما تعبِّر عنه وثائق القضاء المحفوظة في السجلات المصرية.

(د) التجديد الأصولي عند رشيد رضا (١٨٦٥-١٩٣٥):

ينطلق رشيد رضا في سعيه للتجديد الأصولي من استدعاء الوعي بالمقاصد الشرعية الذي دعا إليه أستاذه محمد عبده، وتعني المقاصد الشرعية عنده: «تحري العدل المطلق العام والمساواة في الحقوق والأحكام، وتقرير المصالح ودرء المفاسد، ومراعاة العرف بشرطه، ودرء الحدود بالشبهات، وكون الضرورات تبيح المحظورات»[٥٤].

وهو يشير إلى المقاصد بمصطلحات المنافع والغايات والحكم ومعاني الأحكام وأسرارها. ويكفل الاستناد إلى هذه المقاصد صلاحية الشريعة لكل زمانٍ ومكانٍ. والمشكلة في التعليم الفقهي هي أنه لا يعبأ إلَّا بالمتون وشروحها والحواشي والتقارير عليها، ونقص التدريب القضائي الذي يقترح على شيخ الأزهر وجوب العناية به لإدراك أحوال العصر والواقع.

ويستشهد على أن العلماء الشرعيين مسؤولون أيضًا عمَّا حدث من إقصاء الشريعة بما كان بلغه أن إسماعيل باشا الخديوي الأسبق طلب من علماء الأزهر أن يؤلفوا له كتابًا شرعيًّا في الحقوق والجنايات، سهل العبارة، مرتبًا على ترتيب كتب القوانين، وموافقًا لحال العصر (كمجلة الأحكام العدلية التي يُعمل بها في محاكم ولايات الدولة العليَّة)، فأبوا عليه ذلك، خوفًا من طعن العامَّة في دينهم إذا هم وضعوا الأحكام الشرعية في أسلوب كتب القوانين. وإنما كرهوا ذلك لالتزامهم بالتقليد المذهبي الذي يراه سببًا رئيسًا لضعف أحوال الأمَّة[٥٥].

ويوجب استبدال الرجوع إلى الأدلَّة به، وإحلالها محلَّه، وتنحصر الأدلَّة الواجب إعمالها في نصوص الكتاب والسُّنة فيما يتعلَّق بالعبادات، على حين

---

(٥٣) انظر: المقدمة الضافية للفتاوى المهدية (١/ ٤٢) وما بعدها.

(٥٤) تفسير المنار للشيخ رشيد رضا، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٠هـ)، (١١/ ٢٣٦).

(٥٥) رشيد رضا، محاورات المصلح والمقلد والوحدة الإسلامية، دار النشر للجامعات بالقاهرة، الطبعة الأولى (٢٠١١م)، ص٥٢.

ترجع العادات والمعاملات إلى مصالح الناس في هذا العصر، وإلى القواعد العامَّة التي حدَّدتها النصوص، مثل المساواة والعدل الذي يوصل إلى الحقِّ. ذلك أن: «الأحكام الدنيوية والمعاملات المعاشية ليست تعبُّدية، وتسري على المؤمن والكافر، ويحكم فيها بالعرف الذي يختلف باختلاف الزمان والمكان»(٥٦).

ويقترح على أهل الحل والعقد ممَّن توافرت فيهم شروط الاجتهاد أن يؤلفوا كتبًا جامعة في السياسة والقضاء أو القوانين الموافقة للمصالح. وقد أداه موقفه من كراهة التقليد وإحلال العمل بالدليل إلى نوع من المراجعة النقدية لمفاهيم أصولية عديدة. منها أنه يبرهن على أن أصول الأئمَّة قد ضبطها أتباعهم ولم يحرروها بأنفسهم(٥٧).

وينفر من التعريف السائد عند الأحناف للاستحسان بأنه ترك القياس الجلي والعمل بالقياس الخفي، ولا يزيد عن كونه منهجًا لإعمال المصالح العامَّة(٥٨).

ومن جهةٍ أخرى، فإن النصوص لا تعارض المصالح، وإنما «يجب العمل بالحديث الصحيح في الأمور السياسية والقضائية (القانونية) إذا لم ينافِ المصلحة العامَّة؛ فإن فُرض أنه وجِد حديث لا ينطبق على المصلحة، فإننا نعتبر هذا الحديث منافيًا للأصول العامَّة القطعيَّة المؤيدة بالكتاب والسُّنة العملية والقولية أيضًا، كحديث: «لا ضرر ولا ضرار». ولا شكَّ أن هذه الأصول مرجَّحةٌ على ذلك الحديث الذي فرضنا وجوده؛ لأنه لا يكون إلا من أحاديث الآحاد التي لا تفيد إلا الظن»(٥٩).

ومن جهةٍ أخرى، فإنه يفتح الباب للإفادة من أحكام المذاهب رغم كراهته تقليدهم عن طريق الانتصار للتخيُّر والتلفيق، ويستطرد إلى ردِّ أدلَّة المانعين لهما؛ إذ لا غنى للعاميِّ والمقلِّد عنهما، فضلًا عن المجتهدين الذين دأبوا على التخيُّر من

---

(٥٦) رشيد رضا، محاورات المصلح والمقلد والوحدة الإسلامية، ص١١٨.

(٥٧) تفسير المنار للشيخ رشيد رضا، ص٦٨.

(٥٨) نفسه، ص٥٨-١١٨.

(٥٩) نفسه، ص١٢٠.

أقوال أئمتهم كأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمَّد. من ذلك أن المذهب الحنفي قد اتجه إلى جواز وقف المنقول على النفس؛ حيث يجيز أبو يوسف الوقفَ على النفس، دون المنقول، كما يجيز محمَّد وقفَ المنقول دون الوقف على النفس[٦٠]. ويمكن الإفادة من التخيُّر والتلفيق في العمل على توحيد المذاهب وقوانين الأمَّة. ورغم الحجيَّة التي يسبغها على الإجماع، فإن أغلب دعاواه مجازفة[٦١].

والخلاصة أنه يبني منهجه الإصلاحي على المصالح الاجتماعية ونبذ تقليد المذاهب، ولا يراه مبررًا حتى للعامَّة الذين يقلِّد بعضهم بعضًا، حسبما تبيِّنه معاشرتهم والاختلاط بهم، حيث لا معرفة لهم، ولا سيما النساء منهم بمذهب أيِّ إمام. وهذا هو معنى أن العاميَّ لا مذهب له، وأن مذهبه مذهبُ مفتيه.

ويوافق رشيد رضا في تصوُّره قاسم أمين فيما دعا إليه في كتابه «تحرير المرأة»، ويعتبره أحد الكتب القليلة المؤسسة للنهضة والإصلاح. ويتعقَّب حديث الحاكم في كراهة تعليم النساء الكتابة بتضعيف سنده ومتنه[٦٢]. وينتصر لمطالب الاشتراكيين العادلة[٦٣]، والشورى أو الديمقراطية والنظام الجمهوري، مما يدلُّ على تأثير التجديد الأصولي عند رشيد رضا في بناء آرائه الإصلاحية والتقدُّمية.

وعليه؛ فإن الواضح من معالم المنهج التجديدي لكلٍّ من رفاعة الطهطاوي والأفغاني ومحمد عبده ورشيد رضا قيامه بالأساس على معايير العدالة والمساواة والحرية، تلك المعايير التي ترجع أصولها إلى التشريعات القرآنية الآمرة بإقامة هذه المعايير وغيرها بين الأفراد والأُمم، والناهية - بحزم ودون هوادةٍ - عن أضدادها، الأمر الذي يستدعي الانتباه إلى أنه لا يمكن لهذا المنهج أن يتعارض مع أيِّ قانونٍ أو تشريعٍ يقوم على هذه المعايير الراسخة والمرتكزة في الفِطر السليمة، ومن ثَمَّ فإن المشروع التجديدي للمجدِّدين

---

(٦٠) تفسير المنار للشيخ رشيد رضا، ص٨٦.

(٦١) نفسه، ص٨٩.

(٦٢) مقال في مجلة المنار عن تعليم النساء، بتاريخ (٢٨) ربيع الأول (١٣١٧هـ)، المجلد الثاني، ص١٣٢.

(٦٣) مقال في مجلة المنار بعنوان: الاشتراكية والدين، بتاريخ (٢٢) شوال (١٣١٦هـ، المجلد الأول، ص١٤٥.

الأربعة ومَنْ جاء بعدهم يبدو عليه التناغم والتوافق مع كل ما من شأنه عدم التعارض مع المبادئ الشرعية والمصالح الاجتماعية، وهو الأمر نفسه الذي نراه ونشدُّ عليه بتوجيه تركيز طلاب الدراسات العليا للعناية بالدراسات الدافعة في اتجاه التزاوج بين الشريعة والقانون، بناءً على الأُسس والقواعد التي أصلت لهذا النوع من الدراسات في رسالة محمد إبراهيم محمد عن مصدرية الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري(٦٤).

(هـ) مدرسة الحقوق الخديوية (١٨٨٦-١٩٢٥م):

نعمت مدرسة الحقوق الخديوية المصرية - في الفترة التي عاشتها قبل انضمامها إلى جامعة القاهرة - بوجود عددٍ من أساتذة الفقه الإسلامي الذين تشربوا مبادئ محمد عبده الإصلاحية، وطبقوها في مؤلفاتهم الدراسية، وفي أبحاثهم التي تأثَّر بها الرعيل الأول من الفقهاء والقانونيين من أمثال **شفيق شحاتة والسنهوري** وغيرهما. وبرز من هؤلاء الأساتذة كلٌّ من: **محمد سلامة** (ت: ١٩٢٨م)، و**محمد زيد الإبياني** (ت: ١٩٣٦م)، و**أحمد أبو الفتح** (ت: ١٩٤٦م)، و**أحمد إبراهيم** (ت: ١٩٤٥م).

ومن أهمِّ ما حقَّقه هؤلاء نقل الكتابة الفقهية من طريقة المتون والحواشي والشروح والتقريرات والمسائل التي لا توضِّح مبادئها إلى النظريات والموضوعات، فانحلَّت بهذا عقدة كانت محلًّا للشكوى من كثيرٍ من المجددين، من أمثال محمد عبده ورشيد رضا.

وهذا ما يوضِّحه أحمد إبراهيم في مقالٍ له عن محمد زيد الإبياني بقوله: «كانت كتب الشريعة الإسلامية التي تُدرس لطلاب الفقه الإسلامي في بداية أن قام الشيخ زيد بالتدريس في مدرسة الحقوق، هي الكتب المتداولة في الأزهر وعلى الطريقة الأزهرية. غير أنه وُجِدت في ذلك الوقت حركة فكرية ترمي إلى التسهيل في تحصيل الأحكام الشرعية، ووضعها وضعًا قانونيًا على هيئة مواد،

---

(٦٤) رسالة دكتوراه بعنوان: «مصدرية الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري (١٩٤٨م): دراسة فقهية تطبيقية مقارنة»، لمحمد إبراهيم محمد، بكلية دار العلوم، جامعة القاهرة، (٢٠١٨م).

لعلها تكون يومًا ما القانون الشرعي الذي يجب أن يُعمَل به في مصر؛ ففكَّر محمد قدري باشا بوضع ثلاثة كتبٍ على نظام الكتب القانونية، وقد نفذ فكرته؛ فألَّف كتابًا في الأحوال الشخصية، وثانيًا في أحكام الوقف سمَّاه: قانون العدل والإنصاف، وثالثًا في أحكام المعاملات المالية سمَّاه: مرشد الحيران». وقد شرح الأول محمد زيد الإبياني لطلبته، مما استحقَّ عليه هذا الأستاذ أن يلقبه زميله أحمد إبراهيم بالفاتح الثاني بعد قدري باشا[٦٥].

وقد أمعن أساتذة في الإفادة من التفكير القانوني في مؤلفاتهم، فهذا أحمد أبو الفتح الذي تلقى تعليمه في مدرسة دار العلوم هو الآخر يذكر بوضوحٍ أنه اعتمد في كتابه «**المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية**»، المنشورة طبعته الثانية عام (١٩٢٣م)، على شرح أحمد باشا فتحي زغلول للقانون المدني، يقول أبو الفتح: «بعد الاطلاع على كثيرٍ من الكتب القانونية واللوائح الإدارية المعمول بها الآن أن نجعل عمدتنا في تدوين الأحكام القانونية على شرح القانون المدني لسعادة أحمد باشا فتحي زغلول، مع الرجوع عند الاقتضاء إلى غيره من اللوائح»[٦٦].

وتعزِّز المدرسة منهج الدرس المقارن بين الفقه والقانون المعمول به في مصر، مع تخريج بعض فروعه على القواعد الفقهية. ويلفت النظر تأمُّل سيرة أحمد إبراهيم القادم إلى هذه المدرسة من دار العلوم هو الآخر إلى قدرة هذا الجيل على مواجهة التحديات الجديدة باستنبات أُطر التقنين والمقارنة والتنظير، مما قد يُعَدُّ استمرارًا لجهود الطهطاوي ومحمد عبده، وتطبيقًا لآرائهما في التجديد الفقهي والأصولي.

وقد كان لهذا الجيل أثره الواضح في جيل **عبد الوهاب خلاف، وعلي الخفيف، ومحمد أبو زهرة**، الذين ساروا على الدرب نفسه، وأمدوا التفكير الفقهي والأصولي بكثيرٍ من الحيوية في مواجهة التحديات المعاصرة، مما قد برز - على سبيل التوضيح - في أعمال عبد القادر عودة وعبد الرزاق السنهوري.

---

(٦٥) محمد إبراهيم محمد علي، أثر مدرسة الحقوق الخديوية (١٨٨٦-١٩٢٥م) في تطوير الدراسات الفقهية، رسالة ماجستير من دار العلوم، (٢٠١٥م)، ص٩٤.

(٦٦) نفسه، ص١١٦.

ولا يمكن رصد إنجازات التجديد الفقهي والأصولي لأساتذة المدرسة، وإن وجب القول بأنهم كانوا على وعي تامٍّ بما نادى به رفاعة الطهطاوي، ومحمد عبده، وقدري باشا؛ فبرزت المصلحة وارتقى العرف إلى أن يكون دليلًا شرعيًّا يتخذ مكانه في التناول الأصولي بعد أن كان موقعه في مؤلفات القواعد الفقهية.

ويبدي هؤلاء الأساتذة تقديرهم للتنظيم والترتيب القانوني في التأليف والكتابة، كما يبدون تقديرًا لدوره ووظيفته ومقارنة قواعد الفقه الإسلامي به؛ ولهذا فهم يبحثون عن أوجه الشبه والالتقاء. ويمكن أن أقرِّر هنا - دون مجازفةٍ - أن التقاليد التي جاءت بها هذه المدرسة ما تزال هي المسيطرة - بوعي أو بغير وعي - على التفكير الفقهي المعاصر، ولا ينفي ذلك استمرار النزعات التقليدية التي تحاول تقييد المصالح والأعراف باستدعاء الشروط والتصنيفات التي لا فائدة منها سوى إثارة الشكوك في إعمال هذين الدليلين. وإذ استعادت هذه النزعات التقليدية الكثير من قوتها، فقد مسَّت الحاجة إلى ظهور مناهج التجديد الأصولي في موجةٍ أخرى.

(و) التجديد الأصولي المعاصر:

شغل نموذج التجديد الأصولي الذي نادى به الناشط السوداني **حسن الترابي** أذهانَ الكثيرين من الأكاديميين. وينطلق الترابي في دعوته هذه من نقد النظرية الأصولية التقليدية بأنها لم تعد تلبي حاجات العصر في الاقتصاد والسياسة، وأن قواعد التفسير المعتمدة فيها غير كافية، وأن أسلوب مؤلفاتها معقَّدٌ لإغراقه في الجدل والأساليب المنطقية.

ولهذا يقترح إعمال ما أسماه بالقياس الواسع[٦٧] أو قياس المصلحة الذي لا يتقيَّد بضوابط القياس التقليدية، ويتجه إلى إعمال المصالح العامَّة. ويلزم إعطاء العرف أهمية خاصَّة، بالنظر إلى أن الدين لم يؤسِّس حياةً جديدةً من جميع وجوهها، وإنما استبقى ما لا يتعارض مع مبادئه مما تعارف عليه الناس

---

(٦٧) حسن الترابي، تجديد أصول الفقه الإسلامي، الدار السعودية للنشر، الطبعة الأولى (١٩٨٤م)، ص٨٤.

في حياتهم ومعاشهم. ويأتي إعماله العرف فيما يمكن استنباطه له تحت ما أسماه الاستصحاب الواسع[٦٨]؛ إذ يفيد هذا الاستصحاب الواسع أن ما تعارف عليه الناس مقبولٌ ما لم يعارض الأصول العامَّة، وإنما يجري التعرف إلى ما يقبله الناس عن طريق ما يسميه بالفقه الشعبي[٦٩] الذي يعبِّر عنه ممثلو المجتمع في المجالس النيابية عن طريق التصويت، بنوع إجماع يطلق عليه مصطلح «الإجماع الواسع» الذي لا يعني سوى الأغلبية البرلمانية أو الشعبية.

وقد لا يبعد في هذا عن فكر محمد عبده ورشيد رضا في أن القانون الجيد هو الذي يحظى برضاء الناس، حتى لا يكون حبرًا على ورق. ولا يعني هذ سوى التمرُّد على السلطة المذهبية، بحكم أن الدين والفقه ليس حكرًا على أحدٍ. ولهذا لا يتمسَّك بشروط الاجتهاد الأصولية؛ فعنده أن «الاجتهاد مثل الجهاد، وينبغي أن يكون منه لكل مسلم نصيب»[٧٠].

ويفسح الترابي مجالًا لسلطة الحكَّام في إصدار اللوائح والأوامر والتشريعات. ويقرِّر هذا بقوله: «بالرغم من أن أصول القرآن الكريم تجعل لولاة الأمر حقَّ الطاعة من بعد طاعة الله ورسوله، فقد سكت الفقهاء عن هذا الحقِّ، فلا تكاد تجد له أثرًا في كتب أصول الفقه أو أصول الأحكام»[٧١].

وينتهي من هذا إلى إمكان تغيير أصول الفقه بأن: «يصبح إجماع الأمَّة المسلمة أو الشعب المسلم، وتصبح أوامر الحكَّام أصلَيْن من أصول الأحكام في الإسلام»[٧٢]. وبهذا فإن مشروع الترابي يدور على إضافة مصدرين جديدين لمصادر التشريع المعروفة، وهما: الإجماع الواسع أو النيابي الذي يتحقَّق بأغلبية ممثلي الأمَّة، وأوامر الحكَّام الذين تختارهم الأمَّة ويعبِّرون عن مصالحها.

ويرصد **طارق البشري** أُسس التجديد الأصولي في سياق بحث الأمَّة عن طريقٍ لها وسط الأنواء التي أحدقت بها جراء إحاطة الاستعمار الغربي

---

(٦٨) حسن الترابي، تجديد أصول الفقه الإسلامي، ص ٨٤.

(٦٩) نفسه، ص ٤٥.

(٧٠) نفسه، ص ٨٨.

(٧١) نفسه، ص ٤٤.

(٧٢) نفسه، ص٤٨.

بمقدراتها، وفقدانها الإحساس بالأمن. وتحدَّدت الخطوط العامَّة للإحياء من داخل المرجعية الإسلامية في وجوب التخلُّص من البدع والخرافات التي لابست الطرق الصوفية، مع فتح باب الاجتهاد في الفكر الإسلامي، الذي كان يعني الخروج من دائرة التعصُّب المذهبي، والعناية بالمقارنة بين المذاهب، للترجيح بين آرائها، والأخذ بما يلائم الاحتياجات المعاصرة. وكانت قضية شمول الإسلام وأنه دينٌ ودولة من القضايا المحورية في مواجهة اتجاهات التغريب.

ويقوم مشروع طارق البشري على ضرورة تخليق مرجعية إسلامية لإقامة أسلوب الحكم على أساس التمثيل النيابي، والفصل بين السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، بما يمنع الاستبداد ويحقِّق جماعية القرارات ومصالح الفرد والجماعة. ولا تتعارض هذه المرجعية مع الإفادة من منهجية القانون المقارن التي اعتمد عليها القانون المدني المصري لعام (١٩٤٨م)؛ إذ برهنت هذه المنهجية على إبراز نضج العديد من النظريات الفقهية الإسلامية، وصلاحيتها للعمل بها في السياقات الحديثة، مثل نظريات التعسُّف في استعمال الحقوق، والظروف الطارئة، والنيابة في التصرف، والتصرف في مرض الموت. وقد يفيد في بناء هذه المرجعية دراسة مصدرية القوانين السائدة، وموازنة أحكامها بما في الفقه الإسلامي.

ولا يتوقَّف البشري عند مشكلات الماضي، وإنما ينظر إلى الحلول التي يوجبها الحاضر، من تلك المتمثلة في البحث عن أساليب بناء المرجعية الشرعية الآخذة في الضعف إذا قورنت بما كانت عليه في الماضي، ولا يعني «مطلب تطبيق الشريعة بأيِّ حالٍ من الأحوال استبعاد كافة أنواع المعاملات القائمة في المجتمع الآن لإيجاد قوانين وأحكامٍ لم نضعها أمام الناس بعدُ في صورتها العينية الملموسة التي يتحاكمون إليها، ويتعاملون بها في بيعهم، وفي شرائهم، وفي مقاولاتهم، وفي علاقات عملهم، وفي تنظيم مؤسساتهم»[٧٣].

ويرى اقتران مطلب تطبيق الشريعة الإسلامية بما تتسع له أصول هذه الشريعة من اعتبار للعرف؛ فإن أحكام هذه القوانين مما يمكن النظر إليه على أنها مجرَّد

---

(٧٣) المسلم المعاصر، السنة الرابعة والعشرون، العدد (٩٥)، ص١٤٥.

في أصول النظام القانوني الإسلامي

دراسة مقارنة لعلم أصول الفقه وتطبيقاته الفقهية والقانونية

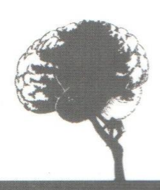
إن الهدف التعليمي هو الغالب في ما تصدره دور النشر المعاصرة من مؤلفاتٍ في أصول الفقه، ولا يتطلّب تحقيق هذا الهدف سوى سرد المباحث والمفاهيم المألوفة التي درج الأصوليون الأوائل على ترديدها بلغة مماثلة، وبالأمثلة ذاتها. ولا حاجة مع سيطرة هذا الهدف إلى التحليل أو النقد أو المقارنة، أو رصد تطوّر هذه المفاهيم، أو النظر إلى تطبيقها في الواقع وتقويم عملها.

ولذا فإن الهدف من هذا الكتاب هو تجاوز العملية التعليمية للانطلاق بأصول الفقه إلى أن يقدّم إطارًا يفسّر عمل النظام القانوني الإسلامي في الماضي، ويقدّم للعمل القانوني الراهن ما عساه أن يشكّل فلسفته القانونية التي ترشده إلى تحقيق قيم العدالة والحرية، والمساواة، والكرامة الإنسانية.

فالهدف الذي يسعى هذا الكتاب إلى تحقيقه هدفٌ مزدوج من كلٍّ من الرغبة في تقديم ما ييسّر فهم البناء الفقهي والقضائي والتشريعي التليد، والمستقر في تلافيف تاريخنا الحضاري والقانوني؛ ومن الرغبة – في الوقت نفسه – في تقديم انعكاسات هذا البناء في النُّظم القانونية المعاصرة، إسهامًا في تطوير هذه النُّظم، وربطًا لها بذاكرتها التشريعية بما يمدُّها بالقوة اللازمة للتطوُّر والتقدُّم على الأصعدة السياسية والقانونية.

تعريف بالكاتب

محمد أحمد سراج: أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة. تخرّج في كلية دار العلوم عام ١٩٦٩، ثم عُيّن معيدًا بها، ليحصل منها على درجتي الماجستير والدكتوراه، ثم تدرّج في قسم الشريعة الإسلامية حتى أصبح رئيسًا له عام ١٩٨٩. وقد أُرسل مبعوثًا دراسيًّا لجامعة كامبريدج لمدة عام واحد. كما عمل أستاذًا للشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، وساهم في إنشاء الجامعة الإسلامية بإسلام آباد، حيث عمل أستاذًا مشاركًا للشريعة الإسلامية، وعميدًا لكلية الشريعة والقانون، ومديرًا عامًّا لأكاديمية تدريب القضاة والمشتغلين بالمهام القانونية بباكستان. وقد ألّف وحقّق وترجم أكثر من عشرين مؤلّفًا في الفقه الإسلامي وتاريخه وأصوله وفي القانون المقارن أيضًا، فضلًا عن عددٍ من المقالات والأبحاث بالموسوعات الكبرى، والتي جاء بعضها باللغة الإنجليزية.



مركز نهوض للدراسات والنشر
NOHOUDH CENTER FOR STUDIES AND PUBLICATIONS

السعر:
30 دولارًا أمريكيًّا
أو ما يعادلها

ISBN 978-614-470-030-3



INFO@NOHOUDH-CENTER.COM | WWW.NOHOUDH-CENTER.COM